

**Er straffebegrepene i EMK artikkel 6, artikkel 7 og TP7-4 fortsatt
sammenfallende i lys av nyere EMD-praksis?**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 662

Leveringsfrist: 25.04.2010

Til sammen 15527 ord

07.09.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema og problemstillinger	1
1.2	Oppgavens oppbygning	3
<u>2</u>	<u>METODE OG RETTSKILDEBRUK</u>	<u>4</u>
2.1	Innledning	4
2.2	EMDs metoderegler ved tolking av EMK med tilleggsprotokoller	4
2.3	Konvensjonspraksis som rettskilde	6
<u>3</u>	<u>UTVIKLINGEN AV STRAFFEBEGREPET I TP7-4, EMK ART.6 OG EMK ART.7 (FØR 2007)</u>	<u>10</u>
3.1	Innledning	10
3.2	Generell vurderingstema om et forhold er "straff" etter EMK	11
3.3	Straffebegrepet etter avgjørelsen Engel m.fl v. Nederland (1976)	12
3.3.1	Engelkriteriene	12
3.3.2	Nasjonal klassifikasjon	16
3.3.3	Normens karakter ("the nature of the offence")	17
3.3.4	Sanksjonens innhold og alvor ("the nature and degree of severity of the penalty")	19
3.4	Er straffebegrepene i TP7-4, EMK art.6 og EMK art.7 sammenfallende etter avgjørelsen Engel m.fl. v. Nederland?	22
<u>4</u>	<u>STRAFFEBEGREPET ETTER AVGJØRELSENE STORBRÅTEN V. NORGE OG MJELDE V. NORGE (2007)</u>	<u>26</u>
4.1	Innledning	26
4.2	Storbråten v. Norge og Mjelde v. Norge	26
4.3	Oppsummering og vurdering	34

<u>5</u>	<u>STRAFFEBEGREPET TIDEN ETTER AVGJØRELSENE STORBRÅTEN V. NORGE OG MJELDE V. NORGE</u>	<u>36</u>
5.1	Innledning	36
5.2	Knut Haarvig v. Norge	37
5.3	Anders Synnelius og Edsbergs Taxi AB v. Sverige	41
5.4	Zolotukhin v. Russland	43
5.5	Oppsummering og vurdering	45
<u>6</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>48</u>
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>A</u>
<u>8</u>	<u>DOMSREGISTER</u>	<u>C</u>
8.1	Avgjørelser fra norske domstoler	C
8.2	Avgjørelser fra EMD	C

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstillinger

Temaet for denne oppgaven er straffebegrepene i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK).¹ Problemstillingen i denne oppgaven, og som skal redegjøres for er om straffebegrepene i konvensjonens syvende tilleggsprotokoll artikkel 4 (heretter TP7-4), EMK art.6 og EMK.art.7 fortsatt er sammenfallende etter nyere dommer avsagt av Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD).²

EMD har siden 2.juli 2002 i saken *Göktan v. Frankrike*,³ i en rekke avgjørelser, som oppgaven kommer tilbake til, fastholdt at straffebegrepene som uttrykkes i TP7-4, EMK art.6 og EMK art.7 har et sammenfallende sammenfallende innhold. Hva som skal anses som *straff* etter disse bestemmelsene har etter EMDs praksis blitt avgjort på grunnlag av de såkalte *Engelkriteriene*, hvor vurderingsgrunnlaget er basert på (1) nasjonal klassifikasjon, (2) den overtrådte handlingsnorm karakter, og (3) karakteren og alvoret av sanksjonen.⁴

¹ Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) ble 4.november 1950 vedtatt av Europarådet i Roma. Konvensjonen trådte i kraft 3.september 1953 av de medlemsstatene som ratifisert den . Konvensjonen ble ratifisert av Norge 15.januar 1952, og trådte i kraft 3.september 1953. I 1994 fikk grunnloven en ny bestemmelse, § 110c, som pålegger statens myndigheter til å sørge for at menneskerettighetene i den nasjonale retten blir gjennomført. Dette førte til at menneskerettighetsloven ble vedtatt 21.mai 1999. I menneskerettsloven § 2 og straffeloven § 1 annet ledd, er deler ved folkeretten (bl.a. EMKs tilleggsprotokoll 7) gjort til en del av norsk strafferetts lovgivning. Nå er det uttrykkelig nedfelt både i straffeprossessloven § 4 og tvisteloven § 1-2 at folkerettslige regler i EMK skal gjelde med de begrensninger som følger av folkeretten.

² Konvensjonen etablerte først Den europeiske menneskerettighetskommisjon (Kommisjonen) i 1954 og deretter Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) i 1959 for å håndheve konvensjonens gjennomføringsmekanisme med sete i Strasbourg i Frankrike. Som følge av at konvensjonsmekanismene ble revidert i EMK TP11 ble resultatet som følge av dette at Kommisjonen ble nedlagt 1.november 1998. Fra dette tidspunkt fikk EMD kompetanse til å behandle saker i komiteer, kamre og storkammer. Hvor de fikk kompetanse til å vurdere sakens fakta, hadde avvisningskompetanse i henhold til avvisningsgrunnene etter EMK art.35, bidra til inngåelse av forlik og avsi endelig dom

³ Application no. 33402/96, Judgement of 2 July 2002.

⁴ Se *Engel m.fl v. Nederland*, Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Judgement of 8 June 1976. Series A no.22 1977 para 82.

EMD foretok en viktig kursendring 1.februar 2007 i to avvisningsavgjørelser mot Norge, *Storbråten v. Norge*,⁵ og *Mjelde v. Norge*,⁶ hvor spørsmålet for EMD var om illeggelse av konkursskarantene stengte senere for å reise straffesak etter TP7-4.

I de to avvisningsavgjørelsene la Domstolen til grunn at straffebegrepet etter TP7-4 berodde på en bredere vurdering av de relevante momentene ("a wider range of criteria"),⁷ enn Engelkriteriene som legges til grunn ved vurderingen av om det foreligger straff etter EMK art.6 og EMK art.7.

EMD har lagt til grunn det samme synspunktet som i *Storbråten* og *Mjelde v. Norge* i senere avgjørelser, blant annet i avvisningsavgjørelsen *Haarvig v. Norge*.⁸

Men EMD har i to andre avvisningsavgjørelser, begge mot Sverige, kommet med uttalelser som peker i en annen retning enn synspunktet lagt til grunn i *Storbråten*- og *Mjelde*-sakene. I *Anders Synnelius og Edsbergs Taxi AB v. Sverige* avsagt 17.juni 2008,⁹ og *Carlberg v. Sverige* avsagt 27.januar 2009,¹⁰ la Domstolen til grunn at straffebegrepene i TP7-4 og EMK art.6 var sammenfallende.¹¹

De nyeste avgjørelsene som tolker straffebegrepet i konvensjonen er avgjort av EMD i storkammer, det er tale om *Zolotukhin v. Russland* avsagt 10.februar 2009,¹² og *Ruotsalainen v. Finland* avsagt 16.juni 2009.¹³ Førstnevnte avgjørelse gjaldt administrativ sanksjon. Den andre avgjørelsen gjaldt en straffeforfølgning for skatteforseelse etter den finske straffeloven, hvor klager uavhengig av straffesaken også ble ilagt en avgift av forvaltningen. I disse sakene har Domstolen foretatt en ytterligere kursendring ved tolkningen av konvensjonens straffebegreper. EMD uttaler i begge sakene at TP7-4 må

⁵ Application no. 12277/04, Decision of 1 February 2007.

⁶ Application no. 11143/04, Decision of 1 February 2007.

⁷ Se *Storbråten v. Norge* og *Mjelde v. Norge*, The Law B. "The Court's assessment".

⁸ Application no. 11187/05, Decision of 11 December 2007. Se også *Zolotukhin v. Russland*, Application no. 14939/03, Judgement of 7 June 2007.

⁹ Application no. 44298/02, Decision of 17 June 2008.

¹⁰ Application no. 9631/04, Decision of 27 January 2009.

¹¹ Se *Anders Synnelius og Edsbergs Taxi AB v. Sverige*, "The Law" para 5, og *Carlberg v. Sverige* "The Law" D para 66.

¹² Application no. 14939/03, Judgement of 10 February 2009.

¹³ Application no. 13079/03, Judgement of 16 June 2009.

fortolkes i lys av de prinsipper som Domstolen tidligere har lagt til grunn ved tolkningen av EMK art. 6 og 7.¹⁴ Det uttales ikke at straffebegrepene er sammenfallende, men det sies heller ikke at tolkingen skal omfatte en bredere vurdering som uttalt i avgjørelsene mot Norge i 2007.

Dette rettsbildet er ikke entydig. Denne oppgaven tar sikte på å bidra til en nærmere avklaring av hvorvidt straffebegrepene i EMK nå kan sies å være ensartet, eller om det er grunnlag for å differensiere mellom de ulike bestemmelsenes straffebegreper.

Det skal i det følgende klarlegges for hvordan begrepet ”*straff*” blir tolket av EMD med grunnlag i deres avgjørelser, og hvorvidt det har skjedd en utvikling av Domstolens fortolkning av straffebegrepene. Vi skal således ved å analysere EMDs avgjørelser i løpet av tidsrommet 1976-2009 undersøke om hvorvidt disse straffebegrepene i EMK fortsatt er sammenfallende.

1.2 Oppgavens oppbygning

Det skal først redegjøres for metode og rettskildebruk av EMK (kapittel 2), som er hensiktsmessig for å forstå fremgangsmåten ved anvendelse av konvensjonens bestemmelser. Videre skal jeg gå inn på vurderingstema om hva som klassifiseres som ”*straff*” etter bestemmelsene i EMK, samt se på utviklingen av straffebegrepene etter avgjørelsen *Engel m.fl. v. Nederland* (kapittel 3). Dernest skal vi gå over til å undersøke straffebegrepene etter den viktige kursendringen EMD foretok seg i avvisningsavgjørelsene *Storbråten v. Norge* og *Mjelde v. Norge* ved fortolkningen av straffebegrepet i TP7-4. (kapittel 4).

I tillegg skal jeg gi en oversikt over hvordan straffebegrepene, henholdsvis TP7-4, EMK art.6 og EMK art.7, ved hjelp av EMDs praksis, har blitt tolket tiden etter avvisningsavgjørelsene mot Norge (kapittel 4-5). Gjennomgående vil oppgavens hovedvekt være basert på en rekke avgjørelser EMD har hatt i forhold til fortolkningen av

¹⁴ Se *Zolotukhin v. Russland* para 52, og *Ruotsalainen v. Finland* para 42.

straffebegrepene, som vil være avgjørende for hvordan straffebegrepene skal tolkes til enhver tid.

Til slutt skal det gis en oppsummering av oppgaven og redegjøres for om straffebegrepene fortsatt er synonyme etter de seneste avgjørelsene avsagt av EMD (kapittel 6).

2 Metode og rettskildebruk

2.1 Innledning

Oppgavens hovedvekt vil i denne fremstillingen være basert på konvensjonens straffebegreper, som ikke er helt klartlagt i teori og praksis.

Og med hensyn til oppgavens størrelse skal det i det følgende ikke reises drøftelser om de lege-ferenda eller anvende normative perspektiver, det skal legges til grunn en rettsdogmatisk metode.

I pkt. 2.2 gis en oversikt over de metoderegler EMD benytter seg av ved fortolkningen av konvensjonen, som jeg i den videre fremstillingen vil benytte meg av ved undersøkelser av EMDs praksis. Det vil derfor være hensiktsmessig å redegjøre for konvensjonspraksis som rettskilde. I dette avsnittet (pkt. 2.3) kommer jeg også innpå hvordan EMD vektlegger andre typer rettskilder. I den videre fremstillingen vil jeg derfor anvende EMDs rettskildebruk slik det er redegjort nedenfor.

2.2 EMDs metoderegler ved tolkning av EMK med tilleggsprotokoller

EMD har lenge slått fast at de tolkningsreglene som følger av Wienkonvensjonen,¹⁵ er utgangspunktet for hvordan konvensjonstolkningen skal foregå:¹⁶

¹⁵ Vienna Convention on the Law of Treaties, vedtatt 23 mai 1969, Trådte i kraft 27. januar 1980, jfr. art.33-35. Norge har ikke ratifisert Wienkonvensjonen, men reglene er blitt ansett som en kodifisering av alminnelig folkerett og antas derfor for å være bindende.

*"A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in light of its object and purpose".*¹⁷

Domstolen skal foreta en objektiv fortolkning av konvensjonsteksten, der den naturlige språklige forståelsen skal legges til grunn.¹⁸ Videre benytter EMD grunnleggende tolkningsprinsipper som *formåls-* og *effektivitetsprinsippet*,¹⁹ og tolkningen skal således skje i lys av konvensjonens formål, jfr. *"object and purpose"*, som Domstolen i flere avgjørelser har påpekt skal bli effektivt realisert, jfr. bl.a. *Golder v. Storbritannia*.²⁰ Domstolen tar imidlertid opp et viktig tolkningsprinsipp i avgjørelsen, *Handyside v. Storbritannia*,²¹ om *proposjonalitetsvurdering*, ved at inngrepet må være proposjonalt i forhold til det formål som skal fremmes. EMD har utviklet egne tolkningsprinsipper ved siden av reglene i Wienkonvensjonen art.33-35.²² Blant annet er prinsippet om *dynamisk tolkning* godt illustrert i *Tyrer v. Storbritannia*.²³ Her uttalte EMD at konvensjonen var et levende instrument som måtte tolkes etter dagens tilstand (*"a living instrument which...must be interpreted in the lights of present day conditions"*).²⁴ Dette betyr at EMD skal gi en dynamisk tolkning av konvensjonen, der det avgjørende er å gi konvensjonens bestemmelser en fortolkning som er i samsvar med samtidens oppfatning. Men det fremgår imidlertid i saken *Johnston v. Irland*,²⁵ at grensen for en dynamisk fortolkning må trekkes der ordlyden er klar:

¹⁶ Se bl.a. *Golder v. Storbritannia*, Application no. 4451/70, Judgement of 21 February 1975, Series A no.18 para 75; *Loizidou v. Tyrkia*, Application no. 15318/89, Judgement of 18 December 1996 para 43 og 52; *Bankovic m.fl. v. Belgia*, Application no. 52207/99, Decision of 12 December 1999 para 55-57.

¹⁷ Jfr. Wienkonvensjonen art.31 nr.1

¹⁸ Se bl.a. *Johnston v. Irland*, Application no. 9697/82, Judgement of 18 December 1986, Series A no.112 para 51-54 *Loizidou v. Tyrkia*, Application no. 15318/89, Judgement of 23 March 1995 para 74-75.

¹⁹ Se Mirmotahari 2007 s. 29-31.

²⁰ Application no. 4451/70, Judgement of 21 February 1975, Series A no.18 para 29-30 og 34. Se også *Loizidou v. Tyrkia* para 62.

²¹ Application no. 5493/72, Judgement of 7 December 1976, Series A no.24 para 48.

²² Se Jebens 2004 s. 57.

²³ Application no. 5856/72, Judgement of 25 April 1978, Series A no.26.

²⁴ Se para 31.

²⁵ Application no. 9697/82, Judgement 18 of December 1985, Series A no.112.

*“It is true that the Convention and its Protocols must be interpreted in the light of present-day conditions.... However, the Court cannot, by means of an evolutive interpretation, derive from these instruments a right that was not included therein at the outset.”*²⁶

Videre er det utviklet et prinsipp om at den enkelte medlemsstat har en viss skjønnsmargin (*“margin of appreciation”*) til å bestemme i særlig spørsmål som egner seg best ved nasjonale domstoler, jfr. *Handyside v. Storbritannia*.²⁷ Dette innebærer at EMD har et sekundært kontrollansvar hvor prinsippet har blitt ansett å være et utsalg av subsidiaritetsprinsippet.²⁸

EMD tolker imidlertid rettslig begreper *autonomt*, med det menes at Domstolen tolker enkelte begreper i konvensjonen på sin egen måte. Det avgjørende for EMD er at de rettslige uttrykkene skal få en enhetlig standard for medlemsstatene av konvensjonen, begrepene tolkes derfor *“as this word is understood within the meaning of the Convention”*, jfr. *Neumeister v. Østerrike*.²⁹ Medlemstatenes nasjonale retts definisjoner blir derfor ikke avgjørende for EMDs tolkning av rettslige begreper.

2.3 Konvensjonspraksis som rettskilde

Det er tidligere nevnt at EMK skal tolkes i lys av reglene i Wienkonvensjonen om traktater, hvor bl.a. relevante rettskilder som forarbeider er nevnt, se. *Bankovic m.fl v. Belgia m.fl.*³⁰ Det sies imidlertid ingenting om Domstolens egen rettspraksis som rettskildefaktor. Men det fremgår klart av EMDs praksis at de legger stor vekt på tidligere avgjørelser, som tilsier at deres egen rettspraksis bør regnes som en relevant rettskilde.³¹ Det er ofte ikke mulig å

²⁶ Se para 53.

²⁷ Se para 48.

²⁸ Se mer Mirmotahari 2007 s. 31-35.

²⁹ Application no. 1936/63, Judgement of 27 June 1968, Series A no.8 para 18.

³⁰ Application no. 52207/99, Decision of 12 of December 2001 para 58, se også *Göktan v. Frankrike* para 45.

³¹ Se bl.a. *Pudas v. Sverige*, Application no. 10426/83, Judgement of 27 October 1987, Series A no.125A, som gjaldt utviklingen av *“civil right”* begrepet i EMK art.6. Den samme presiseringen i dommen ble videreført i senere *Tre Trakörer Aktiebolag v. Sverige*, Application no. 10873/84, Judgement of 7 July 1989, Series A no.159. Se også *Silver m.fl. v. Storbritannia*, Application no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, Judgement of 25 March 1983, Series A no.61, som gjaldt vurderingen av EMK art.8 nr.2. Her var spørsmålet om inngrepene var *“necessary in a democratic society”*. EMD tok utgangspunkt i vurderingen den fortolkning som ble lagt til grunn i de tidligere avgjørelsene *Handyside v. Storbritannia* og *Klass m.f. v. Tysland*, Application no. 5029/71, Judgement of 6 September 1978, Series A no.28.

anvende og tolke konvensjonens bestemmer uten å benytte seg av Domstolens tidligere avgjørelser.³²

Ved behandlingen av de problemstillinger som det skal redegjøres for i denne fremstillingen blir anvendelse av EMDs egen praksis, ved siden av selve konvensjonsteksten, således en av de viktigste rettskildefaktorene. I dommen av 2002, *Christine Goodwin v. Storbriannia*,³³ gir Domstolen uttrykk for at den formelt sett ikke er bundet av sine tidligere avgjørelser, men legger til grunn at rettsvisshet, forutberegnelighet og likhet for loven, er prinsipper som tillegges betydelig vekt ved en avgjørelse.³⁴

EMD viser særlig til rettspraksis hvor det er flere dommer som bekrefter den samme fortolking, og på denne måten får de frem at det dreier seg om en tolkningpraksis.³⁵ I dommen *Weber v. Sveits*,³⁶ illustrerer Domstolen bruken av rettspraksis ved tolkningen av om reaksjonen som ble ilagt var straff i EMK art.6s forstand. EMD uttalte på bakgrunn av tidligere praksis at:

*“While recognising the right of States to distinguish between criminal law and disciplinary law, it has reserved the power to satisfy itself that the line drawn between these does not prejudice the object and purpose of Article 6 (art. 6). In the instant case it will apply the criteria which have been consistently laid down in the matter in its earlier decisions”.*³⁷

EMD anså det i denne saken å anlegge den aktuelle fortolkningen til grunn når rettstilstanden på dette området hadde vært konsekvent i tidligere avgjørelser.

At presedens blir anvendt i dommer av EMD er på det rene, men det vil variere fra sak til sak hvor stor vekt Domstolen føler seg bundet av tidligere praksis.³⁸ Momenter som bl.a.

³² Se Kjølbro 2007 s. 17.

³³ Application no. 28957/95, Judgement of 11 July 2002.

³⁴ Se para 74, se også Høstmælingen 2006 s. 102.

³⁵ Se Aall 1995 s. 48.

³⁶ Application no. 11034/84, Judgement of 22 of May 1990.

³⁷ Para 30.

³⁸ Se Aall 1995 s. 46.

dommens alder, rettstilstanden på domstidspunktet, om det foreligger fasthet i praksis og enstemmighet i domavgjørelsen vil spille inn i vektvurderingen ved bruk av rettspraksis.³⁹

Det skal imidlertid presiseres at en sak som fremmes for Domstolen enten blir tatt opp til realitetsbehandling eller avvist (*avvisningsavgjørelse*) dersom vilkårene etter EMK art.34 og 35 ikke er oppfylt. For denne fremstillingen er det EMK art.34 som er av betydning ved behandling av oppgavens problemstillinger. Bestemmelsen går ut på at en sak blir avvist dersom klager ikke har blitt utsatt for en krenkelse. I den kommende fremstilling er det hensiktsmessig å avklare den betydning bruken av slike avvisningsavgjørelser har som rettskilde. Dette fordi flere av slike avgjørelser vil bli analysert i forbindelse med undersøkelsen av straffebegrepene i TP7-4, EMK art.6 og 7. At EMD viser til slike avvisningsavgjørelser i dommer er på det rene.⁴⁰ Spørsmålet er imidlertid *hvor stor rettskildemessig vekt* det skal tillegges en tidligere avvisningsavgjørelse avsagt i kammer.⁴¹

I storkammerdommen *Jussila v. Finland*,⁴² var en av problemstillingene i saken om ileggelse av 10% tilleggsskatt var å anse som ”*criminal charge*” i henhold til EMK art.6, slik at rettssikkerhetsgarantiene i EMK art.6 kom til anvendelse. EMDs uttalelser i dommen gir signaler om en avvisningsavgjørelse rettskildemessig vekt. Domstolen uttale:

”The Grand Chamber agrees with the approach adopted in the Janosevic case, which gives a detailed analysis of the issues in a judgement on the merits after the benefit of hearing argument from the parties (cf. Morel was a decision on inadmissibility). No established authoritative basis has therefore emerged in the case-law for holding that the minor nature

³⁹ Se Aall 1995 s. 48-49.

⁴⁰ Se bla. *Franz Fischer v. Østerrike*, Application no. 37950/97, Judgement of 29 May 2001 para 26; *Sailer v. Østerrike*, Application no. 38237/97, Judgement of 6 June 2002 para 24; se også *Göktan v. Frankrike*.

⁴¹ Det skilles mellom to hovedkategorier ved en avvisningsavgjørelse. Den ene avviser en sak i en komite bestående av tre dommere, se EMK art.27, jfr.art.28, og den gruppen av et kammer på syv dommere, se EMK art.27, jfr.29. Hittil er det ikke noe eksempler på at EMD har vist til en avvisningsavgjørelse avsagt i en komite i praksis, se. Rui 2009 s. 46.

⁴² Application no. 73053/01, Judgement of 23 November 2006.

*of the penalty, in taxation proceedings or otherwise, may be decisive in removing an offence, otherwise criminal by nature, from the scope of Article 6”.*⁴³

Ut fra EMDs uttalelse i saken er det klart at de tillegger avvisningsavgjørelser klart mindre rettskildemessig vekt enn dommer når de omtaler at avvisningsavgjørelsen i *Morel v. Frankrike*,⁴⁴ hadde ”no established authoritative basis”. En naturlig oppfatning av Domstolens uttalelse i saken, er at ved motstrid mellom en rettsoppfatning i en avvisningsavgjørelse og i en dom, må rettsoppfatningen i dommen normalt få avgjørende betydning. Det kan derfor utledes ut fra dommen at en rettsoppfatning som kommer til uttrykk i avvisningsavgjørelse blir tillagt mindre betydning av EMD enn dersom den fremkommer i en dom, som imidlertid får større rettskildemessig betydning. Men som følge av at EMD bl.a. i avvisningsavgjørelsene *Mjelde v. Norge* og *Storbråten v. Norge* har fraveket en klar rettsoppfatning som var blitt klarlagt i en dom, kan ikke dette legges til grunn i enhver henseende.

Spørsmålet som da oppstår er i hvilke tilfeller EMD følger den rettsoppfatning i en tidligere avvisningsavgjørelse som fraviker en dom. Her kan det ikke gis noe fasitsvar, og som tidligere nevnt er det flere momenter som inngår i vurderingen når det skal foretas en avveining av rettskildemessig vekten en tidligere avgjørelse har i praksis. Det er på det rene at i de tilfellene der det ikke foreligger motstridende rettsoppfatning i en avvisningsavgjørelse i forhold til en dom, er det klart at en tidligere avvisningsavgjørelse får betydning ved konvensjonsfortolkningen. EMD har også i sine dommer flere ganger vist til tidligere avvisningsavgjørelser for å presisere rettsoppfatninger.⁴⁵

⁴³ Para 35.

⁴⁴ Application no. 54559/00, Decision of 3 June 2003.

⁴⁵ Se bl.a *Gossa v. Polen*, Application no. 47986/99, Judgement of 9 January 2007, para 55 og Rui 2009 s. 227-231.

3 Utviklingen av straffebegrepet i TP7-4, EMK art.6 og EMK art.7 (før 2007)

3.1 Innledning

I dette kapittelet gis det en oversikt over hvordan EMK går frem når den skal undersøke om det rettslig begrepet *straff* foreligger i henhold til konvensjonens bestemmelser. Det skal også redegjøres for de tre kriteriene som ble utviklet i *Engel m.fl. v. Nederland* for å vurdere om et forhold er straff etter EMK art.6. Denne gjennomgåelsen av de tradisjonelle Engelkriteriene er hensiktsmessig for den videre fremstillingen av oppgaven. Disse tre vilkårene som er lagt til grunn i avgjørelsen har tiden etter dommen og er fortsatt relevant ved analyse av konvensjonens straffebegreper. Til slutt skal jeg i dette kapitlet foreta en undersøkelse om straffebegrepene i EMK art.6, EMK art.7 og TP7-4 er ensartet.

Begrepet *straff* står sentralt i tre av EMKs rettighetsbestemmelser, nemlig EMK art.6, EMK art.7 og TP7-4. Virkningen av at en reaksjon blir ansett som straff, er at disse bestemmelsenes rettssikkerhetsgarantier for slike saker kommer til anvendelse.⁴⁶ Det materielle straffebegrepet i EMK var etter EMDs praksis lenge blitt avgjort på grunnlag av det nasjonale retts klassifikasjon av straff.⁴⁷ Men i *Engel m.fl v. Nederland* markerte EMD en endring ved fortolkningen av straffebegrepet ved å utelukke det nasjonale retts innhold.⁴⁸ Saken gjaldt militær refselse som besto i tre-fire måneders frihetsberøvelse for overtredelse av disiplinærreglementet for den nederlandske hæren. Sanksjonen ble etter nederlandsk rett ikke ansett som straff, men som en disiplinær sanksjon. Domstolen kom imidlertid frem til man ikke kunne bygge utelukkende på den interne klassifiseringen med hensyn til de formål og interesser konvensjonen skulle ivareta. Resultatet ble således at EMK art.6 fikk anvendelse for den militære refselsen. Domstolen tok imidlertid den retning fra å klassifisere innholdet i EMK art.6 om ”*criminal*”- *strafferettslig*, utelukkende på bakgrunn av nasjonal klassifikasjon, til å foreta en såkalt autonom fortolkning av

⁴⁶ Se Rui Tfr 2005 no.03 s. 296.

⁴⁷ Se van Dijk og van Hoof 1998 s. 406 og 409, med henvisninger.

⁴⁸ Se para 81.

straffebegrepet ved å legge til grunn tre relevante momenter som vurderingsgrunnlag for undersøkelsen.⁴⁹

3.2 Generell vurderingstema om et forhold er ”straff” etter EMK

Det skal først presiseres som tidligere nevnt at EMD tolker enkelte rettslige begreper ubundet av den nasjonale retts definisjon, som for eksempel begrepet *straff*. EMD tolker slike begreper på sin egen måte, det vil si at det avgjørende ikke er hva den nasjonale lovgivningen kaller reaksjonen straff, men at dette rettslige uttrykket skal få en enhetlig standard for medlemsstatene.

I saken om *Welch v Storbritannia*,⁵⁰ uttaler EMD i forhold til vurderingstemaet om tolkningen av straffebegrepet i EMK art. 7 at:

*”To render the protection offered by Article 7 effective, the Court must remain free to go behind appearances and assess for itself whether a particular measure amounts in substance to a ”penalty” within the meaning of this provision”.*⁵¹

EMDs uttalelse gir klart uttrykk for at Domstolen ønsker at bestemmelsen skal sikre et effektivt vern. Domstolen foretar en selvstendig vurdering av forholdet, og gir uttrykk for den ikke er bundet av den nasjonale rubriseringen av begrepet straff.

I *Campbell og Fell v. Storbritannia*,⁵² presiserte Domstolen det overordnede vurderingstema om et forhold er straff i henhold til EMK art.6. Spørsmålet var om illeggelse av en sanksjon for innsatte i et fengsel med hjemmel i det britiske disiplinærreglementet var straff. For det første presiserte Domstolen at ved vurderingen av om forholdet er å anse som straff, er denne begrenset til den konkrete saken, det vil således ikke bli foretatt en generell overprøvelse av den interne retts lovgivning. For det andre gir

⁴⁹ Se Rui Tfr 2005 no.03 s. 297 med henvisning.

⁵⁰ Application no. 17440/90, Judgement of 9.February 1995.

⁵¹ Se para 27, se også Rui Tfr 2005 no. s. 311-312.

⁵² Application no. 7819/77, Judgement of 28 June 1984, Series A no. 80.

Domstolen uttrykk for at med i vurderingen må det tas i betraktning den kontekst reglene skal fungere i.⁵³ Domstolen signaliserer videre at de i minst mulig grad vil overlate til den enkelte stat å definere et forhold som disiplinært fremfor strafferettslig, slik at de rettssikkerhetsgarantier konvensjonen prøver å ivareta ikke får anvendelse.⁵⁴ Uttalelsen viser at tolkningen av straffebegrepet i EMK art.6 skal foretas på bakgrunn av formålet med konvensjonen og den aktuelle bestemmelsen:

*“However, the guarantee of a fair hearing, which is the aim of Article 6 (art. 6), is one of the fundamental principles of any democratic society, within the meaning of the Convention.... As the Golder judgment shows, justice cannot stop at the prison gate and there is, in appropriate cases, no warrant for depriving inmates of the safeguards of Article 6 (art. 6)”.*⁵⁵

Oppsummert foretar EMD en selvstendig vurdering når den skal undersøke om et forhold er å anse som straff etter konvensjonens bestemmelser, de overlater svært lite skjønn til den nasjonale retts definisjon av tiltaket. Vurderingen skal skje i lys av den konkrete sak og den kontekst bestemmelsen skal fungere i. Tolkningen skal også foregå på bakgrunn av formålet med EMK og den aktuelle bestemmelsen i konvensjonen.

3.3 Straffebegrepet etter avgjørelsen *Engel m.fl. mot Nederland* (1976)

3.3.1 Engelkriteriene

I *Engel m.fl. v. Nederland* foretok EMD en presisering av om et tiltak skal anses som en sivilrettslig sanksjon eller som straff. Dersom forholdet ble ansett som straff kom EMK art.6 til anvendelse, imotsetning til en forvaltningsrettslig sanksjon som ikke dekkes av ordlyden i EMK art.6 ”civil rights and obligations”. EMK art.6 gir krav på rettferdig og offentlig rettergang (”a fair and public hearing”) i sivile- og straffesaker. I bestemmelsens første del EMK art.6 nr.1, er det gitt fellesregler for straffesaker og visse typer sivile saker.

⁵³ Se para 69, se også Rui Tfr 2005 no.03 s. 312-313.

⁵⁴ Se para 71.

⁵⁵ Se para 69 se også Rui Tfr 2005 no.03 s. 313-314.

I EMK art.6 nr.2 fastslås *uskyldspresumsjonen* i straffesaker, som innebærer at siktede skal anses uskyldig inntil skyld er bevist etter loven. Ordlyden i bestemmelsen sier uttrykkelig at skylden skal være bevist etter loven ("*proved guilty according to law*"), som således vil bero på hva den aktuelle lovbestemmelsen fastlegger.⁵⁶ Videre gir EMK art.6 nr.3 visse minimumsrettigheter siktede får i straffesaker, som f.eks. rett til å forsvare seg med rettslig bistand og avhøre vitner som blir ført mot han. Oppregningen i EMK art.6 nr.3 er ikke uttømmende, men suppleres imidlertid av den generelle regelen etter EMK art.1.⁵⁷

EMK art.6 verner enhver som er blitt utsatt for en *straffsiktelse* ("*criminal charge*"). Ved tolkingen av begrepet "*criminal charge*" legges det til grunn etter EMDs praksis en såkalt autonomt fortolkning.⁵⁸

I *Engel m.fl. v. Nederland* fastslo EMD at det var flere momenter som måtte tas med i betraktning for å avgjøre om det forelå straffsiktelse i henhold EMK art.6:

*"In this connection, it is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently. This however provides no more than a starting point. The indications so afforded have only a formal and relative value and must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of the various Contracting States...The very nature of the offence is a factor of greater import. When a serviceman finds himself accused of an act or omission allegedly contravening a legal rule governing the operation of the armed forces, the State may in principle employ against him disciplinary law rather than criminal law.... However, supervision by the Court does not stop there. Such supervision would generally prove to be illusory if it did not also take into consideration the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring..."*⁵⁹

⁵⁶ Se Hov s. 71.

⁵⁷ Se Møse 2002 s. 372.

⁵⁸ Se Aall 1995 s. 115-116.

⁵⁹ Se para 82.

Domstolen la til grunn at kriteriet om forholdet ble klassifisert som straff etter nasjonal lovgivning var relevant ved vurderingen. Deretter oppstilte domstolen to ytterligere vurderingskriterier, nærmere bestemt normens karakter, ("*the very nature of the offence*") og sanksjonens alvor og innhold ("*the degree of severity of the penalty*"), f.eks om reaksjonen har pønalt formål og hvor omfattende en eventuell frihetsberøvelsen er.

Det er disse tre vurderingskriteriene som omtales som *Engelkriteriene*. Siden dommen ble avsagt er de blitt ansett som de generelle kriterier som blir lagt til grunn når en foretar en drøftelse om et forhold er å betegne som straff etter EMKs bestemmelser.⁶⁰

Domstolen la også til grunn i *Engel mfl. v Nederland* at begrepet straff i henhold til EMK art.7 skulle tolkes på samme måte som bestemmelsen i EMK art.6, ved bruk Engelkriteriene.⁶¹

EMK art.7 knytter seg til regelen om at ingen kan straffes uten lov, som er et grunnleggende rettssikkerhetshensyn. Bestemmelsen verner den enkelte mot å bli ilagt straff for forhold som ikke var straffbar på handlingstidspunktet.

EMK art.7 dekker to ulike tilfeller: For det første at ingen skal straffes der det ikke foreligger hjemmel for det i loven, jfr. art.7 nr.1. Denne første setningen omhandler den form for tilbakevirkning av et forhold som er straffri som gjøres straffbar. Dette prinsippet er kjent som "*nullum crimen sine lege*",⁶² og innebærer først og fremst at ingen skal bli funnet skyldig for en handling eller unnlattelse som på handling- eller unnlattelsestidspunktet ikke utgjorde en straffeovertrødelse etter nasjonal eller internasjonal rett da den ble begått. Det andre tilfellet som art.7 dekker, er at ingen skal kunne pålegges

⁶⁰ Se Rui TfR 2005 no.03 s. 314.

⁶¹ Se para 81, der Domstolen behandlet EMK art.6 og EMK art.7 under ett ved drøftelsen. Se også *Welch v. Storbritannia*, *Jamil v. Frankrike* og *Malige v. Frankrike*, som bekrefter at et forhold som blir ansett for å være straff i henhold til EMK art.6, også vil være det etter EMK art.7.

⁶² Se Høstmælingen, 2006 s. 212

strengere straff enn det som gjaldt på det handlingstidspunktet for den straffbare handlingen som fastsatt i loven. Dette prinsippet er omtalt som ”*nulla poena sine lege*”.⁶³

Ordlyden i EMK art.7 om at ”ingen” skal utsettes for straffesanksjoner i strid med bestemmelsen, presumeres å omhandle alle potensielle klagere, fysiske personer såvel som juridiske rettssubjekter.⁶⁴ EMD tolker imidlertid begrepet ”ingen” autonomt, dvs. uavhengig av den nasjonale retts klassifikasjon.⁶⁵

Når det gjelder straffebegrepet i EMK art.7 har EMD uttalt i *Welch v. Storbritannia*:

*”The concept of a ”penalty” in this provision is, like the notions of ”civil rights and obligations” and ”criminal charge” in Article 6 para. 1 (art. 6-1), an autonomous Convention concept... To render the protection offered by Article 7 (art. 7) effective, the Court must remain free to go behind appearances and assess for itself whether a particular measure amounts in substance to a ”penalty” within the meaning of this provision”.*⁶⁶

Ut fra Domstolens uttalelse skal er straffebegrepet ”*penalty*” i EMK art.7 lik som begrepene ”*civil rights and obligations*” og ”*criminal charge*” i henhold til EMK art.6. EMD sier videre at for å gi den beskyttelse som EMK art.7 forsøker å verne, må Domstolen ha den friheten til å vurdere straffebegrepet ”*penalty*” i henhold til konvensjons formål.

Det skal til slutt presiseres at Engelkritene oppstiller tre alternative vilkår. Hovedregel er at det er nok med at en av kriteriene skal foreligge for at reaksjonen skal betegnes som straff.⁶⁷ Det er også lagt til grunn at en sanksjon kan bli å anse som straff på grunnlag av den kumulative effekten ved en helhetsvurdering av kriteriene.⁶⁸

⁶³ Se Høstmælingen, 2006 s. 212

⁶⁴ Se Emberland Tfst 2001 s. 57

⁶⁵ Se Emberland Tfst 2001 s. 57

⁶⁶ Se para 27.

⁶⁷ Se bl.a. *Ravnsborg v. Sverige*, Application no. 14220/88, Judgment of 23.March 1994 para 30; *Putz v. Østerrike*, Application no. 18892/91, Judgment of 22.February 1996 para 31.

⁶⁸ Se Rui TfR 2005 no.03 s. 319-320.

3.3.2 Nasjonal klassifikasjon

Det første alternativet det skal legges vekt på er om nasjonal lovgivning klassifiserer reaksjonen som straff eller ikke. EMD uttalte i *Engel m.fl. v. Nederland* ved undersøkelsen om den militære refselsen var straff etter EMK art.6:

*”...it is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both currently.. The indications so afforded have only a formal and relative value and must be examined in the light of common denominator of the respective legislation of the various Contracting States”.*⁶⁹

Det fremgår av Domstolens uttalelse at det skal foregå en undersøkelse av hvor definisjonen av forholdet er plassert i den enkelte stats rettsystem. Hvis den aktuelle bestemmelse er plassert i strafferettens lovregler vil forholdet bli å anse som straff. Domstolen kom frem til i denne saken at overtredelsene ikke var plassert i straffelovgivningen men disiplinærlovgivningen, slik at forholdet ikke ble klassifisert som straff i henhold til nasjonal rett.

EMD har i *Öztürk v. Tyskland*,⁷⁰ presisert hvordan den nasjonale rubriseringen skal vurderes. Saken gjaldt illeggelse av en bot i henhold til den tyske veitrafikkloven. Domstolens oppgave i saken var å undersøke om den administrative illeggelsen av boten falt under betegnelsen ”*criminal*”, slik at de rettssikkerhetsgarantiene i henhold til EMK art.6 kom til anvendelse. EMD kom først frem til at normen ikke var plassert inn under straffelovgivningen, men stoppet imidlertid ikke der når det gjaldt vurderingen om nasjonal klassifikasjon.⁷¹ Det fremgår av Domstolens uttalelse i saken at det ikke bare holder med å undersøke normens plassering i den enkelte stats lovgivning, men det må foretas en inngående vurdering for å finne normens klassifikasjon i henhold til den nasjonale

⁶⁹ Se para 82.

⁷⁰ Application no. 8544/79, Judgement of 21 February 1984, Series A no.73.

⁷¹ Se para 51.

lovgivningen.⁷² Med andre ord blir det avgjørende om bestemmelsen i *realiteten* er å anse som strafferettslig etter den nasjonale retts lovgivning.⁷³ EMD benytter seg således av et bredt vurderingsgrunnlag når de undersøker å finne normens klassifikasjon i den interne rett, hvor bl.a. plassering av normen, bestemmelsens forarbeider og nasjonale domstolars klassifikasjon, er momenter som inngår i vurderingen.⁷⁴

3.3.3 Normens karakter ("the nature of the offence")

Det andre alternativet det skal legges vekt på er normens karakter og formål.

Når det henvises til normens karakter er det selve tiltaket som vil være gjenstand for en analyse.⁷⁵ Etter EMDs praksis vil vurderingen om normens karakter er strafferettslig bero på flere momenter.⁷⁶

Det fremgår bl.a. av dommen *Janosevic v. Sverige* at ett av momentene som inngår i EMDs vurdering er om normen gir anvisning på en *skyldkonstatering*.⁷⁷

Dersom normen er utformet slik at skyld må være påvist for at det skal være grunnlag for sanksjon, gir det en klar anvisning på at normen har en strafferettslig karakter.⁷⁸

Et annet moment som dommen tar opp ved vurderingen av det andre Engelkriteriet er *normens nedslagsfelt*.⁷⁹

Når EMD tar normens nedslagsfelt i betraktning, betyr det at Domstolen undersøker om den aktuelle bestemmelsen er gitt på bakgrunn av at den skal gjelde som et generelt

⁷² Se para 51.

⁷³ Se Rui TfR 2005 no.03 s. 321

⁷⁴ Se Rui 2009 s. 156, Se bl.a *Weber v. Sveits*, Application no. 11034/84, Judgement of 22 May 1990, para 31, Series no.177, *Phillips v. Storbritannia*, Application no. 41087/98, Judgement of 5 July 2001 para 32.

⁷⁵ Se Rui TfR 2005 no.03 s. 322

⁷⁶ Se bl.a *Janosevic v. Sverige*, Application no. 34619/97, Judgement of 23 July 2002; *Bendenoun v. Frankrike*, Application no. 12547/86, Series A no.284, Judgement of 24.February 1994, para 47; *J.B v. Sveits*, Application no. 31827/96, Judgement of 3.May 2001, para 48.

⁷⁷ Se para 68.

⁷⁸ Se Rui 2009 s. 156

⁷⁹ Se para 68.

nedslagsfelt mot befolkningen, som da vil peke i retning av at normen har et strafferettslig preg.⁸⁰

Videre har Domstolen ved vurderingen om normen er av strafferettslig karakter undersøkt hvordan lovgiver har beskrevet handlingen.⁸¹ EMDs fremgangsmåte i slike tilfeller er å undersøke om beskrivelsen lovgiver har gitt normen er av strafferettslig preg. Domstolen undersøker blant annet hvor normen er plassert i lovgivningen i de andre medlemsstatene. Dersom normen er kriminalisert i de andre medlemslandene peker det i stor grad i retning av at normen er av strafferettslig karakter.⁸²

Videre undersøker Domstolen hvorledes normen har en form for tilknytning til den interne strafferettslovgivning. Den form for tilknytning kan oppstå i forskjellige henseende, for eksempel at handlingen som er beskrevet i normen er lik gjerningsbeskrivelsen ved en overtredelse av en intern straffebestemmelse eller normen for eksempel tidligere har vært plassert i den nasjonale straffelovgivningen. Det vil da i disse tilfellene tale for at normen er av strafferettslig karakter.⁸³

Domstolen har også ved vurderingen om normen har et strafferettslig preg benyttet seg av en helhetsvurdering, hvor blant annet sanksjonens størrelse, om de straffeprosessuelle reglene er benyttet, og om sanksjonen blir strafferegistret kommer i betraktning.⁸⁴

Det skal til slutt bemerkes at formålet med normen er en vesentlig faktor ved analysen av normens karakter.⁸⁵ Det er ved undersøkelsen av formålet til bestemmelsen en finner fram til lovgivers intensjon med tiltaket. De nasjonale myndigheters hensikt med sanksjonen vil således være en sentral moment ved undersøkelsen om forholdet er å betegne som straff i henhold til EMK art.6.

⁸⁰ Se Rui 2009 s. 157.

⁸¹ Se para 68.

⁸² Se para 68.

⁸³ Se Rui 2009 s. 157.

⁸⁴ Se Rui 2009 s. 157-158.

⁸⁵ Se Rui 2009 s. 158.

Ved Domstolens analyse av formålet med normen, er det de momentene som nevnt overfor som inngår i drøftelsen.⁸⁶ EMD kan da benytte seg av den adgang til å overprøve medlemsstatenes anførsler om normens faktiske formål, som har tilknytning til det første Engelkriteriet om nasjonal klassifikasjon.

Det kan således legges til grunn at EMD foretar en selvstendig og objektivisert vurdering når de analyserer formålet med normen, fremfor å ta i betraktning det lovgiveren har anført om formålet.⁸⁷

Det kan derfor etter dette utledes at EMD benytter seg av en selvstendig og objektivisert vurdering av formålet med normen når de skal komme til det resultatet om et forhold er straff eller ikke i henhold til EMK art.6. Likeledes gjelder dette også når undersøkelsen omhandler hva som klassifiseres som straff etter EMK art.7 (se pkt. 3.3.1).

Det kan stilles spørsmål om bakgrunnen for at EMD har valgt den fremgangsmåten ved å benytte seg av en selvstendig og objektivisert vurdering av formålet, fremfor å legge til grunn de nasjonale lovgivers uttalelser om formålet med bestemmelsen.

Svaret kan formodentlig utledes av EMDs praksis og formålet med konvensjonen. Det er uttrykkelig presisert i flere domsavgjørelser som samsvarer med konvensjonens formål at EMK skal tolkes dynamisk i samsvar med samtiden.⁸⁸ Dette medfører at EMDs oppgave er å gi konvensjonen en enhetlig standard for medlemsstatene, slik at den i minst mulig grad ønsker å gi de nasjonale myndigheter så stor innflytelse i den enkelte sak.⁸⁹

3.3.4 Sanksjonens innhold og alvor ("the nature and degree of severity of the penalty")

Det tredje som EMD legger vekt på ved vurderingen om forholdet er straff etter EMK art.6, er *sanksjonens innhold og alvor*. Det fremgår av EMDs praksis at de overnevnte

⁸⁶ Se Rui 2009 s. 158.

⁸⁷ Se Rui 2009 s. 158.

⁸⁸ Se f.eks. *Tyrer v. Storbritannia* para 31.

⁸⁹ Se f.eks. *Neumeister v. Østerrike* para 18.

momentene ved drøftelsen av normens karakter også blir benyttet ved analysen av sanksjonens innhold.⁹⁰

Når det gjelder vurderingstema om sanksjonens alvor, reiser EMD spørsmålet om sanksjonen vil medføre frihetsstraff. I de tilfeller dette blir besvart bekreftende vil forholdet som hovedregel være straff i henhold til EMK art.6.⁹¹

I *Garyfallou AEBE v. Hellas*,⁹² var problemstillingen om myndighetene ved å ilegge et firma som følge av overtredelse av importlovgivningen en bot på 500 000 drakmer og i tillegg kunne ta beslag i selskapets eiendeler og ledelsen kunne bli fengslet i ett år dersom boten ikke betalt, var å anse som ”*criminal*” i henhold til EMK art.6.

Domstolen uttalte:

*”In these circumstances, the Court concludes that the sanction to which the applicant company and its legal representatives were liable was sufficiently severe to warrant considering the charge against them to be a criminal charge for the purpose of the Convention”.*⁹³

Domstolen kom til det resultat at forholdet var anse som straff etter EMK art.6, og det var derfor ikke nødvendig å foreta en undersøkelse av normens karakter.

Domstolen vurderte heller ikke sanksjonens innhold. Det kan ut fra dommen utledes at den økonomiske sanksjonen ikke var avgjørende for det resultatet Domstolen kom fram til, men at det avgjørende var den sanksjonen direktørene i firmaet risikerte. Det fremgår av Domstolens uttalelser at den frihetsberøvelsen selskapets ledelse risikerte var ”*more importantly for the purpose of the Court’s examination*”,⁹⁴ fremfor størrelsen av boten som ble ilagt.

⁹⁰ Se Rui 2009 s. 160-161.

⁹¹ Se Rui 2009 s. 161.

⁹² Application no. 18996/91, Judgement of 24 of September.

⁹³ Se para 34.

⁹⁴ Se para 34.

Der sanksjonene ikke medfører frihetsstraff vil sanksjonens alvor som regel ikke ha avgjørende betydning når EMD undersøker om et forhold skal bli ansett som straff, men det finnes eksempler i EMDs praksis der sanksjons alvor er et relevant moment selv i de tilfellene det ikke er tale om frihetsberøvelse.⁹⁵

I EMDs dom i *Malige v. Frankrike*,⁹⁶ dreide problemstillingen seg om en latent sanksjon. Saken var her at Malige, som følge av overtredelse av fartsgrensen ble ilagt en bot på 1500 francs og mistet retten å føre kjøretøy i 15 dager. Og på bakgrunn av domfellelsen ble Malige ilagt en administrativ sanksjon som er lik Norges ”prikkbelastningssystem”. Malige anførte at denne form for sanksjon måtte anses som *straff* i henhold til EMK art.6. Domstolen svarte bekreftende til denne anførselen selv om sanksjonen må anses som en mild form for sanksjon.

Det kan ut fra EMDs praksis vises til storkammerdommen *Öztürk v. Tyskland* som et eksempel på at sanksjonens alvor er av mindre betydning ved Domstolens vurdering. Domstolen kom til det resultat i dommen at et forelegg på 60 tyske mark var å anse som straff i henhold til EMK art.6 etter og ha foretatt en analyse av normens karakter. Når det gjaldt sanksjonens alvor uttalte EMD:

”The relative lack of seriousness of the penalty at stake... cannot divest an offence of its inherently criminal character”.⁹⁷

Spørsmålet som oppstår er hvorfor Domstolen tillegger sanksjonens alvor liten vekt. Det kan ut fra EMDs praksis formodentlig forklares med at Engelkriteriene er alternative. Når Domstolen på bakgrunn av en drøftelse har kommet til det resultatet at et forhold anses som straff etter en vurdering av normens karakter, er dette dekkende nok for å komme til den konklusjon at forholdet var straff i henhold til EMK art.6.

⁹⁵ Se Rui 2009 s. 161-162.

⁹⁶ Application no. 27812/95, Judgement of 23 September 1998.

⁹⁷ Para 54.

I de avgjørelsene der det foretas en kumulativ skjønnsvurdering av Engelkriteriene, har sanksjonens alvor også i liten grad betydning ved vurderingen.

Det er imidlertid viktig å legge til grunn at det avgjørende for EMD ved analysen av sanksjonen, er den faktiske sanksjonen overtredelsen medfører.⁹⁸

3.4 Er straffebegrepene i TP7-4 , EMK art.6 og EMK art.7 sammenfallende etter avgjørelsen *Engel m.fl v. Nederland*?

I henhold til ordlyden i EMK art.6 må den konkrete saken gjelde ”*criminal charge*”, jfr.

EMK art.6 nr.1 eller ”*criminal offence*” etter EMK art.6 nr.2. Ordlyden i EMK art.7 om ”*criminal offence*” markerer ordene slik at den får anvendelse på forhold om straff.

Ordlyden i begge bestemmelser trekker således i retning av at straffebegrepene er

sammenfallende.⁹⁹ Det kan anføres mot at straffebegrepet i EMK art.6 og 7 ikke

sammenfaller med det argument at formålet med artiklene er ulike. EMK art.6 sikrer

rettferdig rettergang med hovedformål om materielt riktige avgjørelser, og EMK art.7 ønsker

å ivareta forutberegnelighetshensynet. Men som nevnt har EMD signalisert i *Engel m.fl. v*

Nederland at straffebegrepet i de to artiklene skal behandles ensartet.¹⁰⁰

Det neste spørsmålet som oppstår er om straffebegrepet i TP7-4 er sammenfallende med straffebegrepet i EMK art.6 og EMK art.7. Ordlyden i TP7-4 foreskriver at saken må angå straff, jfr. ”*finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State*” og ”*tried punished again in criminal proceedings*”.

Bestemmelsens kjerneområde er forbudet mot en ny straffeforfølgning innen samme stat etter en endelig dom som er avgjort i en straffesak. Dette prinsippet er kjent som ”*ne (eller non) bis in diem*” eller forbudet mot dobbeltstraff .¹⁰¹

TP7-4 nr.1 omhandler den rettighet enhver har til å ikke bli stilt for retten eller straffet på ny i en straffesak (”*criminal proceedings*”) for et forhold som anses for en straffbar

⁹⁸ Se Rui 2009 s. 161-162.

⁹⁹ Se Rui TfR 2005 no.03 s. 298.

¹⁰⁰ Se også *Welch v. Storbritannia* para 27.

¹⁰¹ Se Høstmølingen 2006 s. 210.

handling ("offence") i henhold til loven, hvor han allerede er blitt frifunnet eller domfelt for i samsvar med vedkommendes stats rettergangsordning i straffesaker ("penal procedure").¹⁰²

Med utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd kan det nokså klart bekreftes at straffebegrepet både i EMK art.6 og EMK art.7 er ganske så forskjellig fra TP7-4. Dette peker i retning av at straffebegrepene ikke sammenfaller. Men mot dette kan det anføres at formålet med bestemmelsene i TP7-4 og EMK art.7 er like. Formålet med TP7-4 er å forhindre gjentatt forfølgning av et forholdet som er avsluttet, og formålet med EMK art.7 som er å ivareta det behovet borgerne har for å forutberegne sin rettsstilling. I Rt.2002 s.557 er det argumentert med at formålet med EMK art.6 er nokså forskjellig fra formålet med TP7-4, slik at straffebegrepene i bestemmelsen ikke kan anses for å være sammenfallende.¹⁰³ Men i *Nikitin v Russland*,¹⁰⁴ hvor en av problemstillingene i saken var om russisk høyesterett ved å vurdere en endelig avsluttet sak til ny behandling var i strid med TP7-4. Her uttalte EMD:

*"The Court has found above that the supervisory review in this case was compatible with the non bis in idem principle enshrined in Article 4 of Protocol No. 7, which is itself one aspect of a fair trial".*¹⁰⁵

Her legger EMD til grunn at forbudet mot gjentatt straffeforfølgning er et aspekt av kravet til rettferdig rettergang, som således peker i retning av formålet med TP7-4 og EMK art.6 er svært likt.

I *Göktan v. Frankrike* var problemstillingen om det var i strid med konvensjonens TP7-4 å ilegge Göktan en tollbot med en subsidiær fengselsstraff i en straffesak.

Etter innledende kommentarer om tidligere praksis uttalte EMD:

¹⁰² Se Møse s. 390.

¹⁰³ Se s. 568-569.

¹⁰⁴ Application no. 510178/99, Judgement of 20 July 2004.

¹⁰⁵ Se para 54.

*“The Court finds that imprisonment in default of payment of the customs fine was not a mean of enforcing the fine, but a penalty, both within the meaning of Article 7 of the Convention and of Article 4 of Protocol No. 7. The notion of what constitutes a “penalty” cannot vary from one Convention provision to another”.*¹⁰⁶

Det fremgår av uttalelsen at EMD legger til grunn at straffebegrepet i TP7-4 er sammenfallende med EMK art.7. Dersom Domstolens siste setning tas på ordet vil straffebegrepet i alle bestemmelsene i konvensjon ha det samme innhold, således begrepet i EMK art.6, EMK art.7 og TP7-4. Det skal imidlertid legges til grunn at Domstolen i flere avgjørelser før *Göktan v Frankrike* ble avsagt har pekt i retning av at straffebegrepet i TP7-4 og EMK art.6 er like.¹⁰⁷ Dette taler således for at uttalelsen er en konstatering og klargjøring av rettsstilstanden av de tidligere avgjørelsene.¹⁰⁸

Det kan til slutt legges til grunn etter en analyse av EMDs uttalelser i *Göktan v. Frankrike*, slås fast at Domstolen fravek den klare ordlyden i bestemmelsen ved å vise til forarbeidene til konvensjonen for å skape en effektiv konvensjonsbeskyttelse.¹⁰⁹

Dersom medlemsstatene selv skal kunne avgjøre hva som skal anses som *straff* i henhold til konvensjonens artikler ville dette redusere bestemmelsenes gjennomslagskraft.

Men gjennom en autonom fortolkningen av konvensjonens straffebegrep benyttet EMD seg av den muligheten til å overprøve den nasjonale statens klassifikasjon av straff.

Uttalelsene i *Göktan* viser klart at formålsbetraktninger tillegges betydelig vekt når EMD tolker konvensjonens bestemmelser.

Og i etterkant av avgjørelsen *Göktan v. Frankrike* har Domstolen fulgt opp denne betraktningen av straffebegrepene i artiklene, som bl.a. ble gjort i dommen *Rosenquist v.*

¹⁰⁶ Se para 48.

¹⁰⁷ Se bl.a. *Gradinger v. Østerrike*, Application no. 15963/90, Judgement of 23 October 1998 para 54-55 og *Y. Harambaldi-Liberpa og Liberpa v. Hellas*, Application no. 36706/97, Decision of 23 March 2000, “The Law” para 4.

¹⁰⁸ Se Rui TfR 2005 no.03 s.301.

¹⁰⁹ Se “The Law” para 46-48, se også Rui 2009 s. 171.

Sverige.¹¹⁰ Spørsmålet i saken var om svensk tilleggsskatt stengte for senere straffesak for skattesvik. Klageren anførte at han ble straffet for samme forhold i strid med TP7-4, da det først ble vedtatt å ilegge han 40 % tilleggsskatt, samt at etter vedtaket var endelig ble han tiltalt og dømt for grovt skattebedrageri. Domstolen uttalte om dette:

*“The first issue that arises is whether the proceedings relating to the 40 per cent tax surcharge could be viewed as “criminal” for the purposes of Article 4 of Protocol no. 7. In this connection, the Court reiterates its findings in Janosevic v. Sweden and Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden that the proceedings in question were “criminal” although the surcharges cannot be said to belong to criminal law under the Swedish legal system, and in Manasson v. Sweden that proceedings involving tax surcharges were “criminal” not only for the purpose of Article 6 of the Convention, but also for the purpose of Article 4 of Protocol no. 7 to the Convention. Moreover, in its judgment in the case Göktan v. France concerning Article 7 of the Convention and Article 4 of Protocol no. 7, the Court held that the notion of penalty should not have different meanings under different provisions of the Convention”.*¹¹¹

Det fremgår av Domstolens uttalelse at den først presiserer at det i dommen *Manasson v. Sverige*,¹¹² ble lagt til grunn at straffebegrepet i TP7-4 og EMK art.6 var sammenfallende. Domstolen legger også til grunn med henvisning til *Göktan v. Frankrike* at straffebegrepet i EMKs bestemmelser ikke skal ha forskjellig mening innen konvensjonen. Det skal imidlertid presiseres at partene i saken verken hadde anført eller vist til *Göktan*, slik at dette var Domstolens egen beslutning å tillegge denne avgjørelsen vekt. Ut fra EMDs uttalelse i saken kan det formodentlig legges til grunn at Domstolens hensikt med å trekke inn *Göktan*, var det ønske om å følge den prinsipielle uttalelsen som var lagt til grunn i denne avgjørelsen. Ved å benytte seg av denne fremgangsmåten ga EMD et klart standpunkt for at konvensjonens straffebegrep skulle tolkes på samme måte, slik at alle bestemmelsene i konvensjonen skulle sammenfalle.

¹¹⁰ Application no. 60619/00, Decision of 14 September 2005.

¹¹¹ “The Law”.

¹¹² Application no. 41265/98, Judgement of 20 July 2004.

4 Straffebegrepet etter avgjørelsen *Storbråten v. Norge* og *Mjelde v. Norge* (2007)

4.1 Innledning

EMD har som nevnt siden *Göktan v. Frankrike* fastholdt at straffebegrepet i TP7-4, EMK art.6 og EMK art.7 er like. Spørsmålet som reiser seg er hvorvidt EMD fortsatt tolker disse begrepene sammenfallende. Hva som skulle anses for *straff* etter disse artiklene ble avgjort på grunnlag av de såkalte Engelkriteriene. Det viste seg imidlertid å være problematisk for EMD å operere med et så vidt straffebegrep.¹¹³ Det vide autonome straffebegrepet i TP7-4 fikk en for omfattende rekkevidde. Dette kunne medføre at dersom EMD fortsatte å operere med et så vidt straffebegrep ville det føre til at der de nasjonale myndighetene hadde tosporede forfølgningssystemer, ville de nasjonale bestemmelsene i strafferettspleien og deres organisering av administrativt sanksjon bli satt ut av funksjon.¹¹⁴

EMD måtte derfor foreta en kursendring i retning av å innsnevre straffebegrepet i TP7-4 for å endre denne utviklingen, som viste seg for Domstolen å være problematisk å operere med.¹¹⁵ Denne endringen kom ved avvisningsavgjørelsene *Storbråten v. Norge* og *Mjelde v. Norge*.

4.2 *Storbråten v. Norge* og *Mjelde v. Norge*

I begge disse sakene er faktum ensartet og problemstillingen som oppstår den samme. Domstolens drøftelser i disse to sakene er i alle signifikante forhold like. Ved gjennomgåelsen og analysen av det nye straffebegrepet EMD utvikler i disse avgjørelsene, vil det idet følgende vises til avgjørelsen *Storbråten*.

Saken gjaldt en kafe og restaurant hvor eieren, Storbråten i 1999 ble slått konkurs etter åtte måneder i drift. I dette tilfellet var det hans femte virksomhet som endte i konkurs.

¹¹³ Se Rui 2009 s. 172.

¹¹⁴ Se Rui 2009 s. 172.

¹¹⁵ Se Rui 2009 s. 172

Bostyreren til konkursboet mente at det var skjellig grunn til mistanke om straffbare forhold i den virksomheten som førte til konkursen, jfr, konkursloven § 142 nr.1, og at det var grunnlag for å hevde uforsvarlig forretningsførsel som gjorde Storbråten usikkert til å stifte nytt selskap og inneha verv som styremedlem eller daglig leder i et slikt selskap, jfr. § 142 nr.2. Med grunnlag i de overnevnte bestemmelsene ble Storbråten ved en kjennelse i januar 2000 ilagt konkurskarantene i to år av Eidsvoll skifterett. I desember året etter avsa Eidsvoll tingrett en dom hvor de idømte Storbråten en fengselsstraff i 35 dager for tre straffbare forhold, hvor grunnlaget for domfellelse hadde tilknytning til konkursen i 1999. Storbråten anket dommen både inn for Lagmannsretten som ikke ga han medhold i sin anførsel,¹¹⁶ og Høyesterett hvor anken ble forkastet.¹¹⁷ Storbråten anket derfor kjennelsen inn for EMD med anførsel om krenkelse av TP7-4.

I hovedsak anførte Storbråten at ileggelsen av konkurskarantene var ”*straff*” i henhold til TP7-4, og at domfellelsen i desember 2001 var av ”*samme forhold*” som dannet grunnlaget for konkurskarantenen.¹¹⁸ Staten bestred dette og anførte at dersom avgjørelsen skulle virke sperrende etter TP7-4, måtte den være truffet i henhold til nasjonal straffeprosess.¹¹⁹ Denne anførselen ble avvist av Domstolen som uttalte at avgjørelser ikke kan tillegges sperrende effekt etter TP7-4 med et hovedvilkår om at den må være truffet i henhold til den nasjonale straffeprosessen. Videre i uttalelsen begrunner Domstolen dette med at konsekvensen ved å gi statene denne egenrådighet vil kunne føre til resultater som ikke harmonerer med konvensjonens formål.¹²⁰ Domstolen uttalte videre:

*“Where, as is the case here, the Court is satisfied that the first decision is “final”, it must examine whether it concerned a “criminal” matter within the autonomous meaning of Article 4 § 1 of Protocol No. 7”.*¹²¹

¹¹⁶ Jfr. LE-2002-116

¹¹⁷ Jfr. Rt.2003 s. 1221.

¹¹⁸ Se “The Law” A Submissions of the parties para 1.

¹¹⁹ Se “The Law” A Submissions of the parties para 2.

¹²⁰ Se “The Law” B The Court’s assessment

¹²¹ Se “The Law” B The Court’s assessment

Det fremgår av uttalelsen at konsekvensen ved å velge en slik løsning som staten anfører, vil resultere i at det avgjørende for om det foreligger brudd i henhold til TP7-4 vil være rekkefølgen på forfølgningene. Etter EMDs oppfatning må avgjørelsen om forholdet er å anse som ”*straff*” etter TP7-4 bli fastslått ut fra en autonom fortolkning. Videre i avgjørelsen uttalte EMD følgende om det autonome straffebegrepet i TP7-4:

*”This notion must be interpreted in the light of the general principles concerning the corresponding words “criminal charge” and “penalty” respectively in Articles 6 and 7 of the Convention... Hence, the Court will have regard to such factors as the legal classification of the offence under national law; the nature of the offence; the national legal characterisation of the measure; its purpose, nature and degree of severity; whether the measure was imposed following conviction for a criminal offence and the procedures involved in the making and implementation of the measure... **This is a wider range of criteria than the so-called “Engel criteria”** (min utheving) formulated with reference to Article 6 of the Convention.”¹²²*

Det fremgår av Domstolens uttalelse at den anvender ”a wider range of criteria” ved å utvide rekkevidden av hvilke momenter som kan være relevante ved undersøkelsen om et forhold anses som straff i henhold til TP7-4. Vi ser her at EMD har endret fremgangsmåten når de skal fastlegge om et forhold klassifiseres som straff i henhold til TP7-4. Ved anvendelse av de såkalte Engelkriteriene var det nok med at ett av kriteriene skulle foreligge for å konstatere at TP7-4 kom til anvendelse. Et forhold kunne imidlertid også bli å anse som straff på bakgrunn av en kumulativ helhetsvurdering, selv i de tilfellene der ingen av de tre Engelkriteriene forelå.¹²³

Når EMD presiserer at det skal foretas en sammensatt konkret vurdering av det nye straffebegrepet, formodes dette å være et snevrere straffebegrep enn EMK art. 6 og EMK art.7. Ut fra Domstolens syn kan det utledes at selv i de tilfellene der ett eller flere av Engelkriteriene skulle foreligge, kan forholdet likevel ikke bli å anse som straff i henhold

¹²² Se ”The Law” B. The Court’s assessment

¹²³ Se Rui 2009 s. 164

til TP7-4.¹²⁴ Ut fra Domstolens premisser kan det konstateres at de tradisjonelle Engelkritene fortsatt er av betydning ved overveielser av om et forhold skal bli ansett som straff i henhold til TP7-4.¹²⁵

Ved siden av de såkalte Engelkriteriene utvikler EMD flere nye betingelser som inngår ved vurderingen om forholdet skal anses som straff etter TP7-4: Den rettslige klassifiseringen reaksjonen hadde etter nasjonal lovgivning (*"the national legal characterisation of the measure"*); reaksjonens formål (*"it's purpose"*); om reaksjonen ble ilagt som følge av domfellelse for et straffbart forhold (*"whether the measure was imposed following conviction for a criminal offence"*); og prosessen som ligger til grunn for illeggelse av reaksjonen (*"the procedures involved in the making and implementation of the measure"*). Det som er nevnt ovenfor er i litteraturen blitt kalt *"dobbeltraffkriteriene"*.¹²⁶

EMD kom etter en vurdering av bestemmelsene om illeggelse av konkurskarantenene til at denne var klassifisert som sivilrettslig i den interne retten. Deretter gikk Domstolen inn på vurderingstema om normens karakter. Her slo EMD fast at illeggelsen av konkurskarantene i henhold til konkursloven § 142 nr.2 ikke hadde strafferettslig preg, med den begrunnelse at normen henviste til en skikkethetsvurdering. Videre gikk EMD over til å vurdere om konkursloven § 142 nr.1 hadde strafferettslig preg. Her kom EMD til det samme resultatet som ved vurderingen av § 142 nr.1, at bestemmelsen klart ikke var av strafferettslig karakter. Her la Domstolen vekt på at konkursloven § 142 nr.1 ofte ble anvendt sammen med konkursloven § 142 nr.2. Det ble vist til at ved illeggelse av konkurskarantene i henhold til § 142 nr.1 var en beslutning som ble fattet etter en helhetsvurdering av bobestyrers rapport, og ikke av en vurdering foretatt på bakgrunn av de straffbare forhold som ble konstatert av bobestyrer. Det ble videre fremhevet at ved illeggelse av konkurskarantene var det tilstrekkelig med at det forelå skjellig grunn til mistanke om straffbare forhold.¹²⁷

¹²⁴ Se Rui 2009 s. 164.

¹²⁵ Se "The Law" B The Court's assessment

¹²⁶ Se Skoghøy LoR, 2007 s. 193 og Rui 2009 s. 164.

¹²⁷ Se "The Law" B The Court's assessment, se også Rui 2009 s. 164-165.

EMD uttalte videre om dette:

*”the establishment of guilt for the commission of a criminal offence being not a condition”*¹²⁸

EMD viste til at det ikke trengte å foreligge straffeskyld for å ilegge konkurskarantene. Det kan formodentlig utledes av uttalelsen at det EMD peker til er det høye beviskravet som er satt i straffesaker. At dette kravet ikke må være etterkommet ved ileggelse av konkurskarantene.

Ut fra EMDs redegjørelse av normens karakter er det klart at ved vurderingen om forholdet er å anse som straff etter TP7-4 er nokså forskjellig fra EMDs tidligere drøftelser i henhold til EMK art.6.¹²⁹ Det kan sannsynligvis legges til grunn at dersom normens karakter hadde vært gjenstand for analyse etter EMK art.6 ville resultatet trolig blitt at normen var av strafferettslig karakter.

For det første er det en nær forbindelse mellom normen og nasjonal strafferett. Skifteretten måtte både foreta en subjektiv og objektiv vurderingen om det forelå en overtredelse av et straffebud for å ilegge konkurskarantene.¹³⁰ For det andre har EMD i denne avgjørelsen lagt vekt på at beviskravet er satt lavere i forhold til alminnelige straffesaker, som tidligere ikke har blitt lagt til grunn ved vurdering av Engelkriteriene.¹³¹ For det tredje er sanksjonen verken av gjenopprettende eller erstatningsmessig karakter. Til slutt skal det presiseres at det er gått fra i juridisk teori at ileggelse av konkurskarantene i henhold til konkursloven § 142 nr.1 er å anse som straff i henhold til EMK art.6.¹³²

¹²⁸ Se “The Law” B The Court’s assessment.

¹²⁹ Se f.eks *Janosevic v. Sverige* der ett av momentene i Domstolens vurdering av normens karakter er om den gir anvisning på en skyldkonstatering. Og dersom skyld må være påvist for at det skal være grunnlag for å ilegge sanksjonen gir dette en klar anvisning på at normen er av strafferettslig karakter, jfr. Rui 2009 s. 156.

¹³⁰ Se Rui 2009 s. 165.

¹³¹ Se Rui 2009 s. 165.

¹³² Se Rui 2009 s. 165 og Aall 2007 s. 338.

Det kan antakelig slås fast etter denne redegjørelsen at TP7-4 og EMK art.6 får forskjellig utfall når EMD foretar en drøftelse av normens karakter tatt kritieriene i betraktning. Vi ser at EMD har innsnevret straffebegrepet i TP7-4 i forhold til straffebegrepet i EMK art.6.

Når EMD går inn på temaet om sanksjonens innhold og alvor er vurderingsgrunnlaget også avvikende når det gjelder undersøkelsen av straffebegrepet i TP7-4 i forhold til EMK art.6. Domstolen uttaler om dette:

*“As to the nature and degree of severity of the measure, it should be noted that a disqualification order entailed a prohibition against establishing or managing a new limited liability company for a period of two years, not a general prohibition against engaging in business activities”.*¹³³

Her legger Domstolen vekt på at konkurskarantene gikk ut på at Storbråten fikk et forbud mot å stifte eller delta i ledelsen av et aksjeselskap for en periode på to år. Sanksjonen som ble ilagt medførte således ikke en totalforbud mot å engasjere seg i i forretningsvirksomhet. Det skal dog presiseres at EMD ikke tok i betraktning at en strengere sanksjon kunne ilegges i henhold til konkursloven § 142 fjerde ledd.

Tidligere fremstillingen er det vist at sanksjonens innhold og alvor i forhold til EMK art.6 ut fra EMDs praksis er av mindre betydning ved vurderingen om forholdet skal anses som straff. Det er også redegjort at det avgjørende for EMD ved analyse av sanksjonens alvor ikke var den *faktiske* reaksjonen som ble ilagt. Det som ble lagt til grunn i vurderingen var det maksimale sanksjonen enhver kunne *risikere* å få (se. pkt. 3.3.4). I *Storbråten* har EMD derimot som nevnt ovenfor lagt til grunn den sanksjonen som *faktisk* ble ilagt for å være avgjørende ved vurderingen. Også i denne henseende kan det slås fast at EMD ved analysen av sanksjonens innhold og alvor har foretatt en innskrenkning i forhold til tidligere drøftelser etter EMK art.6.¹³⁴

¹³³ Se “The Law” B The Court`s assessment.

¹³⁴ Se Rui 2009 s. 166

EMDs uttalelse i *Storbråten* viser klart den store forskjellen vedrørende vurderingen av straffebegrepet i TP7-4, sammenlignet med vurderingstemaet i EMK art.6 og 7. I denne avgjørelsen presenterer Domstolen som nevnt ”*dobbelstraffkriteriene*”, der de innfører nye kriterier som inngår i vurderingen av straffebegrepet i TP7-4, ved siden av de tradisjonelle Engelkriteriene, som er avgjørende ved tolkningen av EMK art.6 og 7.

Når det gjelder *formålet med tiltaket* EMD presenterer som et selvstendig kriterium er det også her blitt gjort en forandring fra Engelkriteriene. EMD har lagt til grunn en annen fremgangsmåte når de foretar en vurdering av straffebegrepet i TP7-4, med formålet som gjenstand for analyse, sammenlignet med det de legger til grunn i henhold til EMK art.6.¹³⁵ Om dette uttaler EMD:

*“It should further be noted that the primary purpose of a disqualification order, whether imposed under item 1 or item 2, was, as emphasised by the Supreme Court..., to protect shareholders and creditors and society as a whole against exposure to undue risks of losses and mismanagement of resources that were likely to arise if an irresponsible and dishonest person were to be allowed to continue to operate under the umbrella of a limited liability company. It was essentially a preventive measure that was meant to be taken as soon as possible in order to avert such excessive risks as mentioned above and for a defined period, usually two years. It was intended to offer an easy and rapid means of stopping damaging business misconduct, pending, as the case may be, criminal proceedings”.*¹³⁶

Ut fra Domstolens uttalelser i avgjørelsen kan det slås fast at ved fastleggingen av formålet med normen er det en stor forskjell fra EMDs drøftelse av straffebegrepet i EMK art.6 når de foretar en undersøkelse av normens karakter. Vi ser at EMD uten noe form for overveielser legger til grunn det nasjonale myndigheter anfører er formålet med sanksjonen. I motsetning til undersøkelser av EMK art.6 der EMD foretar en objektiv og selvstendig vurdering av sanksjonens formål (se pkt 3.3.3).

¹³⁵ Se pkt 3.3.3 i fremstillingen, se også Rui 2009 s. 166-167.

¹³⁶ ”The law”, B. The Court’s assessment.

Ved en objektivisert vurdering av det som tidligere er påpekt vedrørende konkursloven § 142 nr.1 er det flere momententer som trekker i retning for at formålet med normen har et strafferettslig preg. Den har for det første som nevnt en nær tilknytning til den nasjonale straffelovgivningen. For det andre kan det legges til grunn at normens effekt har strafferettslig trekk, som ved at påtalemyndighetene kan utøve sin posisjon i saken. Og som nevnt har EMD ved vurderingen av formålet med normen lagt avgjørende vekt på den nasjonale myndighetens anførsel om formålet med normen, uten å foreta en objektivisert og selvstendig vurdering av bestemmelsens formål for å klargjøre dette forholdet.

Ett nytt moment som EMD innfører ved vurderingen av straffebegrepet i TP7-4, er den nasjonale karakteristikken av tiltaket (*“the national legal characterisation of the measure”*), som har nær forbindelse til formålet med tiltaket. I avgjørelsen trakk dette momentet i retning av at konkursskarantene ikke kunne anses som straff i henhold til TP7-4. Om dette uttalte EMD:

“Nor would the latter be considered to be part of the sanctions under Norwegian law for the offence in respect of which the applicant was tried in the criminal case...”.¹³⁷

Vi ser at EMD anvender den nasjonale klassifikasjonen av tiltaket med i vurderingen ved å legge til grunn de nasjonale myndigheters syn om forholdet skal anses som straff eller ikke. Når EMD benytter seg av dette vurderingsgrunnlaget av formålet medfører dette at straffebegrepet i TP7-4 i forhold til EMK art.6 klart blir innsnevret.¹³⁸

Det er som tidligere nevnt i fremstillingen at EMD ikke tilegger de nasjonale myndigheters oppfatning om et forhold er å anse som straff i henhold til EMK art.6 avgjørende betydning (se. pkt. 3.3.2).

¹³⁷ “The law”, B. The Court’s assessment.

¹³⁸ Se Rui 2009 s. 168

Ved undersøkelse av EMDs uttalelser i *Storbråten* ser man at anvendelsen av kriteriene ”formålet med tiltaket” og ”den nasjonale rettslige karakteristikken av tiltaket” tillegges betraktlig stor vekt ved undersøkelse om forholdet er å anse som straff i henhold til TP7-4.

Når disse to kriteriene inngår i vurderingen om sanksjonen skal anses som straff etter TP7-4 medfører dette at bestemmelsen formodentlig ikke blir anvendt i de tilfellene der de nasjonale myndighetene ikke anser forholdet som strafferettslig.¹³⁹

Det kan ut fra EMDs redegjørelse av straffebegrepet i TP7-4 i *Storbråten* formodentlig oppstilles en hovedregel for at sanksjonen skal bli klassifisert som straff etter TP7-4, sett bort fra en ordinær straffesak: Tiltaket må da enten være karakterisert som strafferettslig av den nasjonale myndigheten, eller så må formålet med tiltaket har et klart strafferettslig preg.¹⁴⁰ Det skal imidlertid presiseres at den nasjonale myndighetens angivelse av sanksjonens formål ikke alene blir avgjørende for om EMD anser et forhold som strafferettslig i henhold til TP7-4.¹⁴¹ Som nevnt tidligere i fremstillingen, og slik det fremgår av EMDs praksis, skal grunnleggende tolkningsprinsipper som formåls- og effektivitetsprinsippet ivaretas ved tolkning av konvensjonens bestemmelser, tolkningen skal således skje i lys av konvensjonens formål, og ut fra hensynet til en effektiv konvensjonsbeskyttelse (se. pkt. 2.2).¹⁴² På bakgrunn av dette er det nærliggende å anta at EMD ikke uavkortet legger avgjørende vekt på den nasjonale klassifisering av sanksjonen og dens formål.

4.3 Oppsummering og vurdering

Det var en sikker rett før avvisningsavgjørelsene *Storbråten v. Norge* og *Mjelde v. Norge*, at straffebegrepet i TP7-4 var sammenfallende med EMK art.6 og EMK art.7.¹⁴³

At konvensjonens bestemmelser ble tolket enhetlig var det overordnede oppfatning i juridisk litteratur.¹⁴⁴ Dette ble videre også fastlagt bl.a. av norsk Høyesterett.¹⁴⁵

¹³⁹ Se Rui 2009 s. 170.

¹⁴⁰ Se Rui 2009 s. 170.

¹⁴¹ Se Rui 2009 s. 170.

¹⁴² Se bl.a. *Golder v. Storbritannia* para 29 og 30 og *Loizidou v. Tyrkia* para 62.

¹⁴³ Se bl.a. *Göktan v. Frankrike*, *Manasson v. Sverige* og *Rosenquist v. Sverige*.

Ut fra EMDs uttalelser og slutning i *Storbråten* og *Mjelde*, kan det fastlegges at straffebegrepene i EMK ikke lenger er sammenfallende, slik det bl.a. har vært uttrykt i *Göktaş v. Frankrike*. EMD har i disse to avvisningsavgjørelsene utviklet et klart snevrere straffebegrep når de vurderer om et forhold er å anse som straff etter TP7-4, enn det som tidligere ble lagt til grunn ved tolkningen av bestemmelsen.¹⁴⁶

Det nye straffebegrepet utviklet av EMD viser forskjellen seg fra Engelkriteriene seg på to områder. Ved anvendelse av Engelkriteriene vurderer EMD som nevnt den nasjonale klassifikasjonen av sanksjonen, normens karakter, samt sanksjonens alvor og innhold. Ved en analyse av det nye straffebegrepet i TP7-4 er det flere kriteriene som er relevante ved vurderingen om forholdet skal anses som straff. Disse er som nevnt kalt *dobbeltraffkriteriene*, hvor vurderingsgrunnlaget er den nasjonale rettslige karakteristikken av tiltaket, formålet med tiltaket, om tiltaket er ilagt etter domfellelse for et straffbart forhold, og den prosess som ligger til grunn for sanksjonsileggelsen. Forskjellen fra tidligere undersøkelser av straffebegrepet i TP7-4 viser seg også ved at det nå skal foretas en *konkret helhetsvurdering* om et forhold er av strafferettslig karakter.

Det skal presiseres at forholdet kan falle utenfor straffebegrepet i henhold til TP7-4, enda flere av dobbeltraffkriteriene skulle vise seg å foreligge i den aktuelle saken.¹⁴⁷ I motsetning til Engelkriteriene der utgangspunktet er alternative vilkår, eller at forholdet kan bli karakterisert som straff etter en kumulativ helhetsvurdering, selvom ingen av kriteriene foreligger (se. pkt. 3.3.1).

¹⁴⁴ Se bl.a. Jens Edvin A. Skoghøy: "Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 nr.1 ("ne bis in idem")", Stefan Trechsel: "Human Rights in Criminal Proceedings", Oxford 2005 og Jon Petter Rui Johansen: "Det materielle straffebegrepet i EMK", Tidsskrift for rettsvitenskap nr.3/2005, s. 302-303.

¹⁴⁵ Se bl.a. Rt.2003 s. 1110; Rt.2003 s. 1827; Rt.2004 s. 306; Rt.2004 s. 1343; Rt.2004 s. 1500.

¹⁴⁶ Se Rui Tfs 2008 s. 93, s. 102, se også Skoghøy LoR 2007 s. 193-194.

¹⁴⁷ Se Rui Tfs 2008 s. 93, s. 102.

Spørsmålet som oppstår er hvorfor EMD foretok seg denne innsnevringen av straffebegrepet i TP7-4 i avvisningsavgjørelsene *Storbråten* og *Mjelde*. Det kan formodentlig legges til grunn at EMD ble klar over at det var en feiltagelse å operere med et så konvensjonskonformt straffebegrep. Som nevnt ovenfor ville de nasjonale myndigheter med tosporede forfølgningssystemer bli satt ut av funksjon om EMD fortsatte å operere med et så vidt straffebegrep. I tillegg viser forskjellen mellom konvensjonens bestemmelser seg klart i forhold til artiklenes formål. Formålet med TP7-4 er å beskytte den enkelte mot den påkjenningen er å bli straffeforfulgt på ny, og gi den beskyttelse for å kunne innrette seg på at avgjørelsen som er fattet er endelig. Formålet med EMK art.6 og EMK art.7 er derimot å sikre en rettssikker saksbehandling og rettergang, og hindre tilbakevirkning. Det er således gode grunner for at straffebegrepene ikke er sammenfallende sett forskjellene i betraktning.

5 Straffebegrepet tiden etter avgjørelsen *Storbråten v. Norge* og *Mjelde v. Norge*

5.1 Innledning

I det følgende skal vi undersøke hvordan EMD har operert med straffebegrepene i EMK tiden etter avgjørelsene *Storbråten v. Norge* og *Mjelde v. Norge*.

Undersøkelsen vil vise om straffebegrepene etter EMDs oppfatning er sammenfallende slik det opprinnelig var før sakene *Storbråten* og *Mjelde*, eller om EMD har opprettholdt vurderingsgrunnlaget den benyttet seg av i avgjørelsene mot Norge.

Spørsmålet som imidlertid oppstår og som det skal redegjøres for til slutt er hvor stor den rettskildemessig vekten avvisningsavgjørelsene i *Storbråten* og *Mjelde* skal tillegges.

5.2 Knut Haarvig v. Norge

Faktum i saken var at klageren var en nyutdannet lege som fikk sin turnuslisens året 1997. Klageren ble rettskraftig dømt til fem måneders ubetinget fengsel for overtredelse av flere straffebud den 16. desember 1998. Den 18. februar 1999 ble det truffet et vedtak av helsetilsynet om å suspendere klagerens turnuslisens. Grunnlaget for vedtaket var i det vesentlige de overtredelsene av straffeloven klageren hadde blitt domfelt for, som de fant å være ”*atferd uverdig for en lege*”, jfr. daværende legelov § 8. Den 13. august 1999 tok klager ut stevning for Oslo byrett med det krav om at suspensjonen skulle oppheves. Den 15. januar 2000 opphevet statens helsetilsyn vedtaket om suspensjon, på bakgrunn av at klager ikke lenger ble funnet usikket til å utøve legeyrket. Klager endret deretter påstanden for byretten til å gjelde krav om erstatning i henhold til legeloven § 12. Her anførte klager blant annet at vedtaket om suspensjon av legelisensen var ugyldig og i strid med TP7-4. Klager anket dommen både til Lagmannsretten,¹⁴⁸ og Høyesterett. Høyesterett kom enstemmig til den konklusjon at suspensjonen ikke var i strid med TP7-4.¹⁴⁹ Saken kom inn for EMD med påstand om at vedtaket om suspensjon av legelisensen var å anse som ny straffeforfølgning av samme forhold. Dette anførte klager at han tidligere var domfelt for, og derfor forelå det en krenkelse av TP7-4.¹⁵⁰

Spørsmålet som EMD måtte ta stilling til var om helsetilsynets vedtak om suspensjon av legelisensen i henhold til daværende legelov § 8 var å anse som ”*straff*” i henhold til TP7-4, som således medførte en sperre for ny for straffeforfølgning etter bestemmelsen.

Om dette uttalte EMD:

“The first issue to be decided is whether the proceedings relating to the suspension of the applicants licence to duty practice concerned a “criminal” matter within the autonomous meaning of Article 4 § 1 of Protocol No. 7. This notion must be interpreted in the light of the general principles concerning the corresponding words “criminal charge” and “penalty” respectively in Articles 6 and 7 of the Convention... Hence, the Court will have

¹⁴⁸ Se LE-2002-1626.

¹⁴⁹ Se Rt.2004 s. 1343.

¹⁵⁰ Se ”The Law” A para 1.

*regard to such factors as the legal classification of the offence under national law; the nature of the offence; the national legal characterisation of the measure; its purpose, nature and degree of severity; whether the measure was imposed following conviction for a criminal offence and the procedures involved in the making and implementation of the measure... This is a wider range of criteria than the so-called "Engel criteria" formulated with reference to Article 6 of the Convention".*¹⁵¹

Under henvisning til tidligere praksis, viste Domstolen til at straffebegrepet i TP7-4 måtte tolkes i lys av de generelle prinsippene, tilsvarende som ved tolkningen av begrepet "straffsiktelse" og "straff", i henhold til EMK art.6 og EMK art.7. Videre i uttalelsen presiserte Domstolen at den ville se hen til momenter som den rettslige klassifiseringen reaksjonen hadde etter nasjonal rett ("the legal classification of the offence under national law"), normens karakter ("the nature of the offence"), reaksjonens formål ("it's purpose"), reaksjonens innhold og alvor ("nature and degree and severity"), hvorvidt reaksjonen ble ilagt som følge av domfellelse for et straffbart forhold ("whether the measure was imposed following conviction for a criminal offence") og prosessen involvert i opprettelsen og implementeringen av reaksjonsileggelsen ("the procedures involved in the making and implementation of the measure"). EMD presiserte videre at disse kriteriene omfattet mer enn de tradisjonelle Engelkriteriene når det skulle tas stilling om et forhold var å anse som straff i henhold til EMK art.6.

Når det gjelder tolkningen av straffebegrepet i TP7-4 ser vi at EMD følger opp de tidligere avvisningsavgjørelsene i *Storbråten v. Norge* og *Mjelde v. Norge*. Domstolen viderefører "dobbelstraffkriteriene" og benytter seg av en konkret helhetsvurdering av kriteriene ("a wider range of criteria") for å komme frem til om reaksjonen er å anse som straff eller ikke.

Om ileggelsen av suspensjonsvedtaket var å anse som straff i henhold til TP7-4 uttalte EMD om dette:

¹⁵¹ Se "The Law" B. The Court's assessment

*“The Court sees no reason to call into doubt the finding of the Norwegian Supreme Court that the suspension or revocation of an authorisation or licence to practice as a medical doctor on the ground of “conduct unworthy of a doctor” within the meaning of section 8 of the 1980 Act was not a matter of criminal character. As can be seen from its description of the relevant rules, it was primarily a civil law sanction of administrative regulatory character...”.*¹⁵²

Domstolen kom etter en konkret vurdering av suspensjon av turnuslisensen på bakgrunn av ”atferd uverdigg for en lege” i henhold til legeloven § 8 til det samme resultat som norsk Høyesterett, at suspensjonsvedtaket var av administrativ art.

Videre i avgjørelsen foretok EMD en vurdering av sanksjonens karakter og uttalte:

*“As to the nature of the offence under the relevant provision of section 8 of the 1980 Act, the Court observes that it obviously did not apply to the public at large; the issue was whether the doctor was unsuited to practice his or her profession due to “conduct unworthy of a doctor”. The provision, which itself set out a broadly worded professional standard, made no reference to the Penal Code or to any specific offence or category of offences provided for in the Code or in special penal provisions.... As observed by the Supreme Court, even if criminal conduct often would be covered, as was the case here, the issue to be determined was whether the person fulfilled the requirements for being authorised to perform the profession in question, which was a wider assessment.*¹⁵³

Når det gjaldt reaksjonens karakter påpekte Domstolen at den tydeligvis ikke gjaldt for en stor krets av befolkningen, slik at bestemmelsen hadde et begrenset anvendelsesområde. Den sentrale spørsmålet som reiste seg for Domstolen var imidlertid om vedkommende lege var usikket til å praktisere sitt yrke. Videre presiserte Domstolen at bestemmelsen regulerte en profesjonstandard, der en straffbar opptreden kunne få betydning i vurderingen, men dog ikke avgjørende for om vilkåret ble ansett som oppfylt.

¹⁵² Se ”The Law” B. The Court’s assessment.

¹⁵³ Se ”The Law” B. The Court’s assessment.

Domstolen la videre til grunn at formålet med sanksjonen ikke var å straffe vedkommende som hadde brudd normen, men å forby vedkommende som ikke oppfylte vilkårene for å opptre som autorisert i legeprofesjonen.

Når EMD vurderer sanksjonens innhold og alvor uttaler Domstolen dette:

”As to the nature and degree of severity of the measure, the Court notes that the applicant was deprived of his right to perform duty service as a medical doctor in a hospital for a period of 10½ months. It did not prevent him from performing other professional activity.... In light of this and having regard also to the considerations stated above, the Court does not find that the nature of the sanction was such as to bring the matter within the “criminal” sphere. Although the measure presumably delayed the applicant in his medical career, the Court does not find that what was at stake for him was sufficiently important to warrant classifying it as “criminal”.¹⁵⁴

Her understreker Domstolen at vedkommende hadde blitt ilagt en suspensjon for å praktisere som lege på et sykehus på et tidsrom på 10 ½ måneder, dog ikke forhindret han i å praktisere annen profesjonell aktivitet. Domstolen bemerket seg imidlertid at sanksjonen sannsynligvis hadde medført en forsinkelse i klagerens karriere, men at dette ikke var tilstrekkelig grunnlag for å konstatere at sanksjonen var ”straff”.

På bakgrunn av denne redegjørelsen kom Domstolen til den konklusjon at suspensjonsvedtaket av turnuslisensen ikke ble ansett som straffeforfølgning etter TP7-4, og således forelå det ingen krenkelse av bestemmelsen.

Spørsmålet som imidlertid oppstår er hvor stor vekt EMD tillegger avvisningskjennelser når de tar stilling til de samme problemstillinger i senere avgjørelser. Dersom vi tar utgangspunkt i *Morel v. Frankrike* er det klart at rettsoppfatninger som kommer til uttrykk i en avvisningsavgjørelse får mindre rettskildevekt og blir tillagt mindre betydning enn det som fremkommer i en dom avsagt av EMD.

¹⁵⁴ Se ”The Law” B. The Court’s assessment.

Ut fra EMDs resonnement i *Knut Haavig v. Norge* viser denne dommen at rettsoppfatninger som kommer til uttrykk i en avvisningskjennelse i noen tilfeller følges opp av EMD i senere tilfeller. Svaret kan sannsynlig ligge i at rettstilstanden på dette tidspunktet tilsa at de rettsutviklingene som oppstod i *Storbråten* og *Mjelde* ble videreført. Som tidligere nevnt ble det problematisk for EMD å operere med et så vidt straffebegrep, slik de gjorde før avvisningsavgjørelsene *Storbråten* og *Mjelde* (se. pkt. 4.3). Medlemsstatene med to sporede forfølgningssystem som hadde ratifisert TP7-4 ville bli satt ut av funksjon om de opprettholdt det opprinnelige straffebegrepet. Det ble derfor problemfylt å gi denne bestemmelsen en så stor rekkevidde, tatt formålet med konvensjonens bestemmelser i betraktning.

Det skal imidlertid presiseres at den rettskildemessige vekten av en avvisningsbeslutning har for senere avgjørelser varierer fra sak til sak (se pkt. 2.3). Men i dette tilfelle hadde avvisningsvedtakene så stor prinsippell betydning for medlemsstatene. I tillegg til hensynet med formålet til bestemmelsene i konvensjonen tatt i betraktning ble det derfor naturlig for EMD å videreføre det som ble lagt til grunn i avvisningsavgjørelsene i *Storbråten* og *Mjelde*.

5.3 Anders Synnlius og Edsbergs Taxi AB v. Sverige

Sakforholdet i denne saken var at Anders Synnlius var drosjeeier i selskapet Edsberg Taxi AB. I 1999 endte selskapet konkurs, og skattemyndighetene satte i gang bokettersyn i årene 1996 og 1997. Skattemyndighetene anmeldte klager i juni 1996 til påtalemyndighetene for unnlatelse av bokføring for over en million svenske kroner. I desember 1997 fattet skattemyndighetene vedtak om å ilegge klageren ”skattetillegg” og ”avgift” på bakgrunn av at vedkommende ikke hadde oppgitt korrekte inntekter. På bakgrunn av dette anførte klager at han hadde blitt utsatt for straff to ganger for samme forhold, henholdvis ileggelse av tilleggskatt og straff for overtredelse av regnskapslovgivningen.

Problemstillingen for EMD var om begge disse forfølgningene var å anse som straff etter TP7-4, med andre ord om det forelå en krenkelse i henhold til bestemmelsen. Ved vurderingen av om reaksjonene var ”*straff*” etter konvensjonen tok Domstolen først stilling til om illeggelse av tilleggsskatt var å anse som straff etter konvensjonen, og uttalte:

*”As noted above, the imposition of tax surcharges involved the determination of a “criminal charge” within the meaning of Article 6 of the Convention. Moreover, in its judgment in the case of Göktan v. France...concerning Article 7 of the Convention and Article 4 of Protocol No. 7, the Court held that the notion of penalty should not have different meanings under different provisions of the Convention. Likewise, in the decision in the case of Manasson v. Sweden...it was concluded that proceedings involving tax surcharges were “criminal” not only for the purpose of Article 6 of the Convention, but also for the purpose of Article 4 of Protocol no. 7 to the Convention.”*¹⁵⁵

Her fastslår EMD at tilleggsskatt ble ansett for å være straff i henhold til EMK art.6, uavhengig om det interne rett ikke hadde klassifisert reaksjonen som straff. Domstolen viser til avgjørelsen *Göktan v. France* om at begrepet ”*straff*” ikke burde ha forskjellig betydning innen konvensjonen. Videre legger Domstolen til grunn at konvensjonens straffebegreper i henholdvis, EMK art.6, EMK art.7 og TP7-4 skal tolkes sammenfallende. Deretter viser Domstolen til avgjørelsen *Manasson v. Sweden*, der EMD kom til den slutning at tilleggsskatt var å anse som straff i henhold til EMK art. 6 og TP7-4.

Når EMD skulle ta stilling om den påtalte regnskapsovertredelse var ”*straff*” i henhold til konvensjonen uttalte Domstolen følgende:

*”Accordingly, noting that the bookkeeping offence was clearly determined in criminal proceedings, the Court considers that both proceedings were criminal in nature for the purpose of the invoked provision”.*¹⁵⁶

¹⁵⁵ The Law para 5.

¹⁵⁶ The Law para 5.

Her la Domstolen til grunn at sanksjonen regnskapsovertredelsen medførte tydelig var ”*straff*”, og fastslo således at begge forfølgningen i denne saken måtte anses som straff.

Videre uttalte Domstolen at klageren var ilagt straff for overtredelse av regnskapet på bakgrunn av at han bevisst unnlot å bokføre inntekter på over en million svenske kroner. Mens han imidlertid ble ilagt tilleggsskatt på grunn av at han oppga uriktig opplysninger om inntekten i selvangivelsen.¹⁵⁷

Domstolen kom til den konklusjon at de to straffeforfølgningene var helt separate og ikke av samme forhold (”*entirely separate and differed in their essential elements*”).¹⁵⁸ EMD kom således etter denne vurderingen til at det ikke forelå en krenkelse av TP7-4.

Slik det fremgår av EMDs uttalelser i denne saken blir ikke det nye straffebegrepet som er utviklet i avvisningsavgjørelsene *Storbråten* og *Mjelde* nevnt. De tradisjonelle Engelkriteriene som har vært avgjørende ved vurderingen av straffebegrepene i konvensjonen forut for *Storbråten* og *Mjelde*, og relevante momenter i avvisningsavgjørelsene, blir det heller ikke uttalt noe om.

Det fremgår klart av denne avgjørelsen at Domstolen legger til grunn at straffebegrepet i TP7-4 er sammenfallende med EMK art.6 og EMK art.7, slik EMDs praksis var frem til avgjørelsene i *Storbråten* og *Mjelde*.

5.4 Zolotukhin v. Russland

Sergey Zolotukhin ble 4.januar 2002 arrestert for å ha tatt med sin kjæreste inn på et militært område uten tillatelse. I politirapporten ble Sergey beskrevet også som full og oppførte seg uforskammet, i tillegg prøvde han å flykte fra politibetjentene. Distriktdomstolen fant han skyldig etter loven om administrative overtredelser art.158, og

¹⁵⁷ The Law para 5.

¹⁵⁸ The Law para 5

han ble ilagt tre dager frihetsberøvelse. Det ble kort tid etter hendelsen åpnet straffesak mot han etter straffeloven art.213 og to andre bestemmelser i loven. Dommen ble avsagt av Distriktdomstolen 2.desember 2002 hvor han ble funnet skyldig i henhold til de to andre bestemmelsene i straffeloven, og frifunnet etter artikkel 213. Sergey bestred domsavgjørelsen og anførte at han var blitt straffeforfulgt to ganger for samme handling etter TP7-4.¹⁵⁹

Innledningsvis tok EMD stilling til om den første prosessen mot klageren ble ansett som en ”straffesak” i TP7-4 forstand. Når Domstolen foretok en vurdering av straffebegrepet ble det uttalt:

*“The Court reiterates that the legal characterisation of the procedure under national law cannot be the sole criterion of relevance for the applicability of the principle of non bis in idem under Article 4 § 1 of Protocol No. 7. Otherwise, the application of this provision would be left to the discretion of the Contracting States to a degree that might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention.... The notion of “penal procedure” in the text of Article 4 of Protocol No. 7 must be interpreted in the light of the general principles concerning the corresponding words “criminal charge” and “penalty” in Articles 6 and 7 of the Convention respectively..”.*¹⁶⁰

I denne saken var prosessen klassifisert som administrativ i nasjonal lovgivning. Om dette uttaler Domstolen at den nasjonale klassifikasjonen ikke kan bli avgjørende ved vurderingen av straffebegrepet i henhold til TP7-4, og presiserer at tolkningen skal skje i lys av konvensjonens formål. Domstolen uttaler videre at begrepet ”straffeforfølgning” (”penal procedure”) i TP7-4 må fortolkes i lys av de prinsipper Domstolen har lagt til grunn ved tolkingen av EMK art.6 og EMK art.7.

¹⁵⁹ Se para 47.

¹⁶⁰ Se para 52.

Det sies ikke noe om at straffebegrepene er sammenfallende, men heller ikke slik som i avgjørelsene *Storbråten v. Norge* og *Mjelde v. Norge* at tolkingen beror på ”a wider range of criteria” enn de tradisjonelle Engelkriteriene.

Det som formodentlig kan utledes ut fra denne dommen er at Domstolen ikke hadde noe foranledning til å drøfte flere momenter enn Engelkriteriene siden man utvilsomt sto overfor en straffeforfølgning.

5.5 Oppsummering og vurdering

Det kan legges til grunn at *Haavig v. Norge* følger EMDs utvikling av det nye straffebegrepet i henhold til TP7-4 som ble utviklet i *Storbråten* og *Mjelde* mot Norge. Det kan oppsummert legges til grunn at tolkingen av det nye straffebegrepet etter TP7-4 foregikk etter en konkret helhetsvurdering, hvor flere relevante kriterier ble lagt til grunn for å finne ut om reaksjonen var strafferettslig. Disse ble betegnet som ”dobbeltstraffkriteriene”.

Ved undersøkelsen av de to siste avgjørelsene det er redegjort for, henholdvis *Anders Synnelius* og *Edsbergs Taxi AB v. Sverige* og *Zolotukhin v. Russland*, kan man ikke klargjøre hvordan straffebegrepet i TP7-4 blir tolket av EMD.

På den ene siden slår EMD fast i *Synnlius* at straffebegrepet i TP7-4 er sammenfallende med EMK art.6 og EMK art.7, slik EMDs praksis var frem til avgjørelsene i *Storbråten* og *Mjelde*. Dette ble videreført i *Calberg v. Sverige* hvor domsuttalelsen var ensartet med avgjørelsen i *Synnlius*.¹⁶¹

Spørsmålet blir om Domstolen i denne avgjørelsen går tilbake til det straffebegrepet som de opererte med før de nevnte avvisningsavgjørelsene, eller om EMD har forandret sin praksis når det gjelder straffebegrepet i EMK TP7-4.

¹⁶¹ Se ”The Law” D para 66.

Ut fra domsbegrunnelsene i *Synnlius og Edsbergs Taxi AB* kan det ikke trekkes noen slutninger hvorfor EMD ikke følger de nyeste avgjørelsene når det gjelder straffebegrepet i TP7-4.

Som fremstillingen av *Haavig v. Norge* viser, har EMD videreført rettsoppfatningene som ble lagt til grunn i avvisningsavgjørelsene *Storbråten* og *Mjelde*.

Dobbeltforfølgningskriteriene er også blitt lagt til grunn i *Zolotukhin v. Russland*,¹⁶² og *Taliadorou og Stylianu v. Kypros*,¹⁶³ som refererer til avvisningsavgjørelsene. *Taliadorou og Stylianu* er avsagt etter Synnelius-saken, som peker i retning av at EMD ikke har fraveket sin praksis med å operere med ”dobbeltforfølgningskriteriene”.

I *Synnelius og Carlberg* nevnes verken kriteriene eller uttaler EMD at de har fraveket den rettstilstanden som oppstod i *Storbråten* og *Mjelde* mot Norge. Når EMD tidligere har fraveket tidligere praksis som er videreført i flere avgjørelser gir Domstolen uttrykkelig uttrykk for det, dette har de ikke gjort her.¹⁶⁴ Det skal videre legges til grunn at EMD har gitt en utførlig behandling av ”dobbeltforfølgningskriteriene” ved å redegjøre for de momentene som er relevante ved vurderingen om forholdet er å anse som straff. I tillegg fastslår Domstolen at dette er flere kriteriene enn det som tidligere var vurderingsgrunnlaget ved undersøkelsen av straffebegrepet. Dette viser at den rettskildemessige vekten ved behandlingen av det nye straffebegrepet er styrket.

Som tidligere nevnt er EMD ikke bundet av tidligere praksis, men det skal tungtveiende argumenter for at EMD fraviker tidligere avgjørelser. Når EMD har videreført denne praksisen i senere avgjørelser, slik den har gjort her, vil dette medføre at denne bør tillegges betydelig rettskildemessig vekt. Men som tidligere nevnt har EMD i *Morel v. Frankrike* uttalt at avvisningsavgjørelsen hadde ”no established authoritative basis”, slik at en slik avgjørelse ikke blir tillagt noe betydelig rettskildemessig vekt (se. pkt. 2.3).

¹⁶² Application no. 14939/03, Judgement of 7 June 2007.

¹⁶³ Applications no. 39627/05; 39631/05, Judgement of 16 October 2008.

¹⁶⁴ Se f.eks. *Pellegrin v. Frankrike*, Application no. 28541/95, Judgement of 8 December 1999, der Domstolen uttrykkelig fastslår at den fraviker tidligere praksis i henhold til EMK art.6.

Det som derfor blir avgjørende er om EMD *velger* å legge til grunn det nye straffebegrepet ved senere praksis.

Det skal presiseres at tidligere praksis vedrørende TP7-4 i EMD har vært ganske fast. Som tidligere nevnt, har EMD spesielt etter *Göktan v. Frankrike* uttrykkelig klarlagt at straffebegrepene i henholdsvis EMK art.6, EMK art.7 og TP7-4 skal tolkes ensartet. Dette har blitt videreført blant annet i *Rosenquist v. Sweden* og *Manasson v. Sweden*, som da peker i retning av at det nye straffebegrepet får en mindre rettskildemessig vekt.

Det herskende argumentet for at EMD sannsynligvis vil velge å legge til grunn det nye straffebegrepet i etterfølgende avgjørelser er at denne praksisen som ble fastlagt i *Storbråten* og *Mjelde* er blitt fulgt opp i senere avgjørelser. Hvor også EMD foretar en grundig gjennomgåelse av det nye straffebegrepet i avgjørelsene.

På den annen side ble det i en senere avgjørelse *Zolotukhin* uttalt at tolkningen skal skje i lys av konvensjonens formål, og at begrepet *straffeforfølgning* i TP7-4 må fortolkes i lys av de prinsipper Domstolen har lagt til grunn ved tolkingen av EMK art.6 og EMK art.7. I *Ruotsalainen v. Finland* avsagt etter *Zolotukhin* er det akkurat samme lagt til grunn.¹⁶⁵ I begge disse avgjørelsene er det vist til *Storbråten* og *Mjelde*,¹⁶⁶ som peker i retning at ”dobbeltstraffkriteriene” fortsatt gjelder ved undersøkelsen av straffebegrepet i TP7-4 da det ikke sies noe om at dette fravikes, slik som det er gjort i *Pellegrin v. Frankrike*.

Det skal legges til grunn at i *Synnelius* og *Zolotukhin*, slik det redegjort for i denne fremstillingen, så stod EMD overfor forhold som klart var av strafferettslig karakter, slik at Domstolen ikke trengte å benytte seg av ”dobbelforfølgningskriteriene” for vurdere om forholdet var å anse som straff.

¹⁶⁵ Se para 42.

¹⁶⁶ Se *Ruotsalainen v. Finland* para 42 og *Zolotukhin v. Russland* para 52.

Det kan derfor på bakgrunn av det overnevnte legges til grunn at det nye straffebegrepet i henhold til TP7-4, som er utviklet i *Storbråten* og *Mjælde* mot Norge, vil være avgjørende ved vurderingen om forholdet er å anse som straff etter bestemmelsen. Men det skal presiseres og slik det også fremgår av de nevnte avvisningsavgjørelsene, vil Engelkriteriene fortsatt være relevante momenter ved vurderingen.

6 Avsluttende bemerkninger

Når EMD anvender en autonom fortolkning av straffebegrepet for å sikre en effektiv konvensjonsbeskyttelse gir dette Domstolen den mulighet til å overprøve den nasjonale myndigheters klassifikasjon av om en reaksjon er strafferettslig.¹⁶⁷ I *Engel m.fl. v.*

Nederland har EMD som nevnt lagt til grunn en autonom tolkning av straffebegrepet, hvor tre kriterier utgjør vurderingsgrunnlaget: nasjonal klassifikasjon, normens karakter og sanksjonens alvor og innhold. Engelkriteriene er som redegjort i fremstillingen blitt fulgt opp i senere avgjørelser.

Siden avgjørelsen *Göktan v. France* har EMD i flere avgjørelser slått fast at straffebegrepet i EMK art.6, EMK art.7 og TP7-4 er ensartet. Ved undersøkelse om forholdet er *straff* etter konvensjonens bestemmelser er dette blitt avgjort på grunnlag av Engelkriteriene

Som følge av at EMD foretar en autonom fortolkning av konvensjonens straffebegreper utviklet EMD i *Storbråten* og *Mjælde* flere kriterier som var relevante ved vurderingen om forholdet var å anse som straff etter TP7.4. I tillegg skulle dette skje på bakgrunn av en konkret helhetsvurdering. Sannsynligvis anså EMD det som nødvendig å innsnevre rekkevidden av straffebegrepet i TP7-4 for å kunne operere med en effektiv konvensjonsbeskyttelse (se pkt. 4.3).

¹⁶⁷ Se Rui 2008 s.173.

Forskjellene mellom straffebegrepet i TP7-4 og EMK art.6 og EMK art.7 er for det første at det er flere momenter som relevante ved vurderingen om reaksjonen skal anses som straff i henhold til TP7-4. For det andre skal det foretas en konkret helhetsvurdering av de relevante kriteriene. I motsetning til Engelkriteriene som er alternative vilkår og i tillegg kan forholdet bli ansett som straff etter en kumulativ helhetsvurdering. For det tredje skal det nasjonale myndigheter har lagt til grunn er formålet med reaksjonen tillegges betydelig vekt. Ved vurderingen av EMK art.6 og EMK art.7 er ikke dette avgjørende, her foretar EMD en selvstendig og objektivisert vurderingen av formålet med tiltaket. For det fjerde er det den sanksjonen som faktisk blir ilagt som blir vektlagt ved vurderingen av TP7-4. Mens ved vurderingen av EMK art.6 og EMK art.7 er det avgjørende den sanksjonen vedkommende maksimalt risikerer å bli ilagt.

Det kan formodentlig slås fast etter dagens rettstilstand at når EMD skal foreta en vurdering av straffebegrepet i TP7-4 vil dette foregå etter dobbeltforfølgningskriteriene (se også pkt. 5.5). Og når EMD tar stilling til om et forhold er straff etter EMK art.6 og EMK art.7 vil EMD benytte seg av Engelkriteriene, slik det har vært gjort helt siden *Engel m.fl. v. Nederland*.

Etter avvisningsavgjørelsene *Storbråten* og *Mjelde* mot Norge og de nevnte avgjørelsene avsagt etter denne, er det nærliggende å forutsette at det ikke lenger er noen absolutt kobling mellom straffebegrepene i EMK art.6 og EMK art.7 og TP7-4. Det er imidlertid ikke enkelt å fastlegge hvor stor forskjellen er. Hva som må til for å anse en reaksjon som pønalt i henhold til TP7-4, men ikke etter EMK art.6 kan derfor ikke fullt ut klarlegges. Vanskeligheten med å fastslå hvordan straffebegrepene i fremtiden vil bli tolket ligger i at EMD benytter seg av en autonom og dynamisk tolkning av konvensjonen, og kan til enhver tid endre rettstilstanden fastsatt i praksis.

7 Litteraturliste

BØKER:

- Jon Petter Rui: *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning*, 2009.
- Jon Petter Rui Johansen, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning*, 2008
Doktoravhandling.
- Jørgen Aall: *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2.utgave 2007.
- Jo Hov: *Rettergang I*, Oslo 2007.
- Amir Mirmotahari: *Emk og mellomprivate konflikter*, Oslo 2007.
- Jon Fridrik Kjølbro: *Den europeiske menneskerettigheds konvention*, 2.utgave
København 2007
- Njål Høstmælingen: *Internasjonale menneskerettigheter*, 3.opplag 2006,
- Sverre Erik Jebens: *Menneskerettigheter i straffeprosessen*, 2004.
- Erik Møse: *Menneskerettigheter*, Oslo 2002.
- P. van Dijk og G. J. H. van Hoof: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Haag 1998.
- Jørgen Aall: *Rettergang og menneskerettigheter*, Bergen 1995.

ARTIKLER:

- Jens Edvin A. Skoghøy: ” *Menneskerettsdomstolens straffebegrep*”, LoR 2007
nr.04.
- Jon Petter Rui Johansen: ”*Fra Menneskerettighetsdomstolen*”, Tidsskrift for
strafferett 2008 s.93.
- Jon Petter Rui Johansen: *Det materielle straffebegrepet i EMK*, TfR 2005, nr. 03.
- Stefan Trechsel: ”*Human Rights in Criminal Proceedings*”, Oxford 2005.

- Jens Edvin A. Skoghøy: *"Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 nr 1 ("ne bis in idem")"*, Tfr 2003, nr.01.
- Marius Emberland: *"Om internasjonale menneskerettigheter- Lovskravet i EMK art 7 i lys av nyere EMD-praksis"*, Tidsskrift for Strafferett 2001 s 55-67.

Norske Lover:

1814, Kongeriget Norges Grundlov

1902, Lov om Almindelig borgerlige straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr.10.

1981, Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr.25.

1984, Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 8. juni 1984 nr.58.

1999, Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr.30.

2005, Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr.90.

Traktater:

- EMK, Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Den europeiske menneskerettighetskonvensjon), Roma 4. november 1950.
- Wienkonvensjonen, Wienkonvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969.

8 Domsregister

8.1. Avgjørelser fra norske domstoler

Høyesterett:	Lagmannsrett:
Rt.2002 s.557	LE-2002-116
Rt.2003 S.1221	LB-2002-1626
Rt.2003 s.1110	
Rt.2003 s.1827	
Rt.2003 s.1343	
Rt.2004 s.306	
Rt.2004 s.1343	
Rt.2004 s.1500	

8.2 Avgjørelser fra EMD

Ruotsalainen v. Finland (Judgement of 16 June 2009, Application no. 13079/03)
Zolotukhin v. Russland (Judgement of 10 February 2009, Application no. 14939/03)
Carlberg v. Sverige (Decision of 27 January 2009, Application no. 9631/04)
Taliadorou og Stylianu v. Kypros (Judgement of 16 October 2008, Applications no. 39627/05; 39631/05,)
Synnelius og Edsbergs Taxi B v. Sverige (Decision of 17 June 2008, Application no. 44298/02)
Gossa v. Polen (Judgement of 9 January 2007, Application no. 47986/99)
Zolotukhin v. Russland (Judgement of 7 June 2007, Application no. 14939/03)
Haarvig v. Norge (Decision of 11 December 2007, Application no. 11187/05)
Storbråten v. Norge (Decision of 1 February 2007, Application no. 12277/04)
Mjelde v. Norge (Decision of 1 February 2007, Application no. 11143/04)
Jussila v. Finland (Judgement of 23 November 2006, Application no. 73053/01)

Rosenquist v. Sverige (Decision of 14 September 2005, Application no. 60619/00)
Manasson v. Sverige (Judgement of 20 July 2004, Application no. 41265/98)
Nikitin v. Russland (Judgement of 20 July 2004, Application no. 510178/99)
Morel v. Frankrike (Decision of 3 June 2003, Application no. 54559/00)
Sailer v. Østerrike (Judgement of 6 June 2002, Application no. 38237/97)
Göktan v. Frankrike (Judgement of 2 July 2002, Application no. 33402/96)
Janosevic v. Sverige (Judgement of 23 July 2002, Application no. 34619/97)
J.B v. Sveits (Judgement of 3.May 2001, Application no. 31827/96)
Franz Fischer v. Østerrike (Judgement of 29 May 2001, Application no. 37950/97)
Philipps v. Storbritannia (Judgement of 5 July 2001, Application no. 41087/98)
Bankovic m.fl. v. Belgia (Decision of 12 of December 2001, Application no. 52207/99)
Y. Harambaldis-Liperpa og Liperpa v. Hellas (Decision of 23 March 2000, Application no. 36706/97)
Öztürk v. Tyskland (Judgement of 28 September 1999, Application no. 22479/93)
Pellegrin v. Finland (Judgement of 8 December 1999, Application no. 28541/95)
Malige v. Frankrike (Judgement of 23 September 1998, Application no. 27812/95)
Gradinger v. Østerrike (Judgement of 23 October 1998, Application no. 15963/90)
Garyfallou AEBE v. Hellas (Judgement of 24 of September 1997, Application no. 18996/91)
Putz v. Østerrike (Judgement of 22.February 1996, Application no. 18892/91)
Goodwin v. Storbritannia (Judgement of 27 March 1996, Application no. 17488/90)
Welch v. Storbritannia (Judgement of 9 February 1995, Application no. 17440/90)
Loizidou v. Tyrkia (Judgement of 23 March 1995, Application no. 15318/89)
Bendenoun v. Frankrike (Judgement of 24.February 1994, Application no. 12547/86, Series A no.284)
Ravnsborg v. Sverige (Judgement of 23.March 1994, Application no. 14220/88)
Weber v. Sveits (Judgement of 22 of May 1990, Application no. 11034/84, Series no.177)
Tre Trakörer Aktiebolag v. Sverige (Judgement of 7 July 1989, Application no. 10873/84, Series A no.159)

Pudas v. Sverige (Judgement of 27 October 1987, Application no. 10426/83, Series A no.125A)

Johnston v. Irland (Judgement of 18 December 1986, Application no. 9697/82, Series A no.112)

Cambell og Fell v. Storbritannia (Judgement of 28 June 1984, Application no. 7819/77, Series A no. 80)

Silver m.fl. v. Storbritannia (Judgement of 25 March 1983, Application no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, Series A no.61)

Tyrer v. Storbritannia (Judgement of 25 April 1978, Application no. 5856/72)

Klass m.fl. v. Tysland (Judgement of 6 September 1978, Application no. 5029/71, Series A no.28)

Engel m.fl. v. Nederland (Judgement of 8 June 1976, Application no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Series A no.22 1977)

Handyside v. Storbritannia (Judgement of 7 December 1976, Application no. 5493/72, Series A no.24)

Golder v. Storbritannia (Judgement of 21 February 1975, Application no. 4451/70)

Neumeister v. Østerrike (Judgement of 27 June 1968, Application no. 1936/63, Series A no.8)